

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

***“LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL COMO
HERRAMIENTA PARA LA RESOLUCIÓN DE CASOS DE
RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y UTILIZACIÓN DE NIÑOS
MENORES DE 15 AÑOS EN CONFLICTOS ARMADOS”***

GABRIELA FLORES VILLACÍS

DIRECTOR: ABG. EFRÉN GUERRERO

QUITO, 2013

*A mis padres, Hernán y Patricia, por haber sido
siempre mi ejemplo a seguir,
por haberme enseñado a luchar, a creer y a vivir.*

AGRADECIMIENTOS

Con este trabajo, hoy concluye una etapa muy importante de mi vida. Por ello quiero agradecer, no solo a quienes me apoyaron durante el proceso de elaboración del mismo, sino también a todos quienes han sido parte fundamental de mi vida universitaria.

Primero, quiero agradecer a mi familia, en especial a mis papás y a mi hermano, por su apoyo incondicional, por sus enseñanzas y por su cariño. Nada de lo que soy hubiera sido posible sin ustedes.

Además, quiero agradecer a mis amigos por todo lo compartido: la confianza, las risas, las aventuras y las desveladas. Especialmente gracias a Tefa, Majo, Gaby, Kari y Geova: a ustedes les debo que mis años universitarios fueran los mejores.

Quiero también agradecer a mis maestros y en especial a mi director Efrén, por su valiosa guía en el desarrollo de este trabajo. Gracias por tu paciencia y por ayudarme a dar lo mejor para esta investigación. Tu apoyo y tus conocimientos fueron esenciales.

Asimismo, gracias Brandon por ser mi fuerza en este proceso. Gracias por no permitir que me rinda, por motivarme, por ser paciente. Gracias por tu amor y apoyo absolutos. Gracias por creer en mí y por ser mi luz.

A todos ellos, de corazón, muchas gracias!

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN EJECUTIVO / ABSTRACT.....	1
INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I: LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN CONFLICTOS ARMADOS COMO HECHO DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	4
1.1 Definiciones Generales.....	8
1.1.1 Conflicto Armado.....	8
1.1.2 Conflicto Armado Internacional (CAI).....	9
1.1.3 Conflicto Armado No Internacional (CANI).....	10
1.1.4 Niño Soldado.....	11
1.1.5 Grupo Armado.....	12
1.1.6 Crímenes de Guerra.....	13
1.1.7 Reclutamiento, Alistamiento y Utilización Activa de Niños durante las hostilidades (EstatutoDe Roma).....	14
1.2 Tipos de Reclutamiento de Niños.....	15
1.2.1 Reclutamiento Obligatorio o Conscripción.....	15
1.2.2 Reclutamiento Forzoso.....	16
1.2.3 Reclutamiento Voluntario o Alistamiento.....	17
1.3 Causas de la Participación de Niños en Conflictos Armados.....	19
1.3.1 Causas de Reclutamiento Forzoso.....	19
1.3.2 Causas de Reclutamiento Voluntario o Alistamiento.....	21
1.3.2.1 Económicas.....	21
1.3.2.2 Sociales.....	22
1.4 Tipos de Participación dentro de un Conflicto Armado.....	24
1.5 Legislación Regulatoria.....	25
1.5.1 Marco Jurídico Internacional para Limitar la Participación de los Niños en Conflictos Armados.....	25

1.5.1.1 Derecho Internacional Humanitario.....	26
1.5.1.1.1 Convenios de Ginebra de 1949.....	26
1.5.1.1.2 Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra 1977.....	27
1.5.1.1.2.1 Protocolo Adicional I (PAI).....	28
1.5.1.1.2.2 Protocolo Adicional II (PAII).....	29
1.5.1.2 Relación entre el derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.....	31
1.5.1.3 Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	33
1.5.1.3.1 Convención sobre los Derechos del Niño.....	33
1.5.1.3.2 Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados.....	35
1.5.1.3.3 Otros Instrumentos de Derechos Humanos.....	36
1.5.1.4 Costumbre Internacional.....	39
1.5.2 Legislación Ecuatoriana.....	39
1.6 Conclusión.....	41

CAPÍTULO II: EL CRIMEN DE RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y UTILIZACIÓN ACTIVA DE NIÑOS MENORES DE 15 AÑOS EN CONFLICTOS ARMADOS.....43

2.1 Derecho Penal Internacional: Tipificación de la conducta como crimen de guerra.....	43
2.2 Jurisdicción y Responsabilidad Internacional.....	47
2.2.1 Responsabilidad Individual.....	47
2.2.1.1 Principio de Jurisdicción Universal: Cortes Nacionales.....	47
2.2.1.2 Jurisdicción de la Corte Penal Internacional.....	50
2.2.2 Responsabilidad Estatal.....	53
2.2.2.1 Jurisdicción.....	57
2.2.2.2 Reparaciones.....	59

2.3 El crimen de reclutamiento, alistamiento y utilización activa de niños en conflictos armados en la legislación ecuatoriana.....	62
2.3.1 Código Penal Ecuatoriano.....	62
2.3.2 Código Orgánico Integral Penal.....	64
2.4 Juzgamiento del Crimen.....	64
2.4.1 Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL).....	64
2.4.1.1 El caso de Samuel Hinga Norman.....	65
2.4.1.2 El caso AFRC.....	68
2.4.1.3 Otros casos.....	69
2.4.1.3.1 Caso CDF.....	69
2.4.1.3.2 Caso FRU.....	69
2.4.1.3.3 Caso de Charles Taylor.....	70
2.4.2 Corte Penal Internacional (CPI).....	70
2.4.2.1 República Democrática del Congo.....	70
2.4.2.1.1 El caso de Thomas Lubanga Dylo.....	71
2.4.2.1.2 El caso Katanga-Ngudjolo Chui.....	74
2.4.2.2 Uganda.....	75
2.5 Conclusión.....	75
 CAPÍTULO III: HERRAMIENTAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS:	
DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL.....	78
3.1 De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral.....	79
3.1.1 Doctrina de la Situación Irregular.....	79
3.1.1.1 Niños objeto de protección.....	80
3.1.1.2 División de la infancia.....	82
3.1.1.3 Judicialización social.....	83
3.1.1.4 Medidas de protección.....	84

3.1.2 Doctrina de la Protección Integral: El niño como sujeto de derechos.....	85
3.1.2.1 Los niños como sujetos plenos de derechos: Principio de Igualdad.....	86
3.1.2.2 El interés superior del niño.....	89
3.1.2.3 La efectividad y prioridad absoluta.....	91
3.1.2.4 La participación solidaria.....	92
3.2 Doctrina de la Protección Integral aplicada a la Protección especial de los Niños durante los Conflictos Armados.....	93
3.2.1 Protección general de los NNA como parte de la población civil.....	93
3.2.2 Protección especial de los NNA.....	95
3.3 Doctrina de la Protección Integral aplicada a la Participación de Niños en Conflictos Armados.....	99
3.3.1 Niños soldados: combatientes privilegiados.....	101
3.3.1.1 Conflictos Armados Internacionales.....	101
3.3.1.2 Conflictos Armados No Internacionales.....	106
3.3.1.3 Niños soldados: ¿Objetivos militares legítimos?.....	107
3.3.2 Responsabilidad de los niños soldados por el cometimiento de crímenes de guerra.....	111
3.3.2.1 Edad mínima de responsabilidad internacional.....	113
3.3.2.2 Imputabilidad y Responsabilidad.....	118
3.3.2.2.1 Circunstancias eximentes de responsabilidad aplicables a estos casos.....	119
3.3.2.2.1.1 Coacción.....	120
3.3.2.2.1.2 Intoxicación.....	122
3.3.2.3 Juzgamiento.....	122
3.3.2.3.1 Principios de Justicia Juvenil.....	123

3.3.2.3.1.1 Derecho a procedimientos, autoridades e instituciones especializadas.....	125
3.3.2.3.1.2 Derecho a ser oído y participar en el proceso.....	125
3.3.2.3.1.3 Garantías del debido proceso.....	126
3.3.2.3.1.4 Medidas sancionatorias.....	128
3.3.3 Desarme, desmovilización y reintegración de niños soldados.....	131
3.4 Conclusión.....	136
CONCLUSIONES	138
BIBLIOGRAFÍA.....	143

RESÚMEN EJECUTIVO / ABSTRACT

A pesar de las diversas prohibiciones contenidas en instrumentos internacionales con respecto al tema, de acuerdo con reportes de UNICEF, actualmente existen en el mundo aproximadamente 300.000 niños¹ participando en conflictos armados. Es evidente que los intentos del derecho internacional por impedir dicho fenómeno no han sido suficientes. Es por ello que la pregunta surge: ¿Qué medidas adicionales, aparte de las prohibiciones de reclutamiento y del juzgamiento de los responsables, puede tomar la comunidad internacional para contribuir al fenómeno de los niños soldados? En el desarrollo de este trabajo se realizará un análisis teórico del tema a través del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional Penal y, además, se plantearán algunas medidas, ya no encaminadas solamente a prevenir, sino a regular la participación de menores de edad; no con el objetivo de incentivarla, sino con el único propósito de ofrecer protección a los niños que se encuentran envueltos en conflictos armados, de manera que se salvaguarden sus derechos, en la máxima medida posible. Adicionalmente, a través de este trabajo se demostrará que la Doctrina de la Protección Integral, defensora acérrima del interés superior del niño², está presente en las disposiciones especiales previstas para la protección de menores de edad en tiempos de guerra y que, gracias a los principios que esta propugna, se convierte en uno de los pilares fundamentales para la construcción de las medidas propuestas en este estudio.

¹UNICEF. *Fact Sheet of Child soldiers*. <http://www.unicef.org/emerg/files/childsoldiers.pdf>. Acceso: 6 de agosto de 2013.

²Miguel Cillero Bruñol. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*. En: *Derechos y garantías de la niñez y la adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de la protección integral* de Ramiro Ávila y Belén Corredores. UNICEF. Quito, 2010. P 89.

INTRODUCCIÓN

La guerra es uno de los más graves problemas de la humanidad, debido a los catastróficos efectos que tiene sobre la vida de las personas involucradas. Las peores consecuencias, sin embargo, las soportan los más débiles: los ancianos, las mujeres y los niños. Estos últimos en especial, debido a la vulnerabilidad de su condición, son enormemente afectados por la violencia y la crueldad propias de los conflictos armados. Sus vidas y las de sus familias, sus hogares, sus escuelas y, en general, la institucionalización de sus países, son destruidos como consecuencia de dichos conflictos. Pero una de las peores consecuencias de la guerra, es el reclutamiento y utilización de menores de edad en los enfrentamientos, por el atentado que ello representa para su bienestar y, en general, para sus derechos. Es por ello que urge la ampliación de la protección ofrecida a los niños en estas circunstancias y el derecho se constituye como una de las herramientas más eficientes para lograr este propósito, por su capacidad de obligatoriedad.

Este texto pretende, por un lado, analizarla situación jurídica del problema y, por otro, examinar las respuestas que la comunidad internacional ha utilizado para enfrentarlo, al mismo tiempo que plantear algunas posibilidades adicionales de regulación de la participación de niños. Esto tiene como objetivo enfrentar de mejor forma esta realidad que, aunque cruda, ha sido imposible de impedir; y todo ello, a la luz de la Doctrina de la Protección Integral como herramienta principal. Se demostrará a lo largo de esta investigación, no solo que esta Doctrina es la más adecuada para desarrollar nuevas disposiciones en favor de los niños, sino que, además, está presente en toda la normativa relacionada con los menores de edad y los conflictos armados.

El primer capítulo del trabajo se centrará en un acercamiento general al problema de los niños soldados: se analizarán definiciones generales referentes al contexto del tema, las causas y los tipos de reclutamiento y la tipología de la participación de estos niños, así como sus implicaciones en la legislación internacional, y terminará con un análisis del desarrollo de la legislación regulatoria en la materia.

El segundo capítulo estará dedicado, principalmente, al crimen de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños soldados tipificado por el derecho penal internacional. Primero se analizará la responsabilidad de los individuos perpetradores de dicha conducta y de los Estados, así como la jurisdicción de los órganos internacionales encargados de su juzgamiento. Luego se examinará los casos anteriores de juzgamiento de este delito, específicamente en Sierra Leona, Uganda y el Congo, y sus implicaciones para el futuro.

Finalmente, en el tercer capítulo se examinará la Doctrina de la Protección Integral y el papel fundamental que esta juega en la protección a los niños en tiempos de conflicto armado y, especialmente, en lo relativo al reclutamiento de estos en grupos armados. Dentro de esta sección se desarrollarán, además, las propuestas de regulación de la participación de niños, específicamente en lo relativo a su estatus jurídico durante su intervención, a la responsabilidad que se les debe imputar por sus actos, y a las medidas de desarme, desmovilización, rehabilitación y reinserción que deben adoptar los Estados, para contribuir a la reducción de la problemática.

Este trabajo pretende ser un aporte para la protección de los niños que participan en conflictos armados. Idealmente, la prohibición internacional de reclutamiento debería ser suficiente para combatir el problema; desgraciadamente, la realidad ha demostrado que no lo es. Si esta problemática es imposible de erradicar, ¿no sería el deber de la comunidad internacional encargarse de regular dicha situación y de sus consecuencias? La tarea de prevención es definitivamente importante, pero si ello falla, es imperativo que se recurran a otras medidas que impidan que los niños que ya han sido reclutados, queden en el desamparo y se cumpla el tan invocado principio del *interés superior del niño*.

CAPÍTULO I: LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN CONFLICTOS ARMADOS COMO HECHO DENTRO DEL DERECHO INTERNACIONAL

“Mankind owes to the child the best it has to give.”

Preámbulo de la Declaración de Derechos del Niño de 1924

La participación de niños en conflictos armados no es una práctica nueva. Diversos hallazgos muestran que, durante la Época Antigua, la milicia ciudadana estaba también compuesta por niños que participaban en los enfrentamientos armados, especialmente en los Grandes Imperios de Occidente³. Posteriormente, durante la Edad Media, datos históricos revelan que aunque la participación de niños en combate era considerado un privilegio concedido solo a los más hábiles, existieron ciertos casos excepcionales como la *Cruzada de los Niños* en el año 1212, en que más de 50.000 niños provenientes especialmente de Francia y Alemania, participaron en la reconquista de los Santos Lugares⁴. Más tarde, durante las Guerras Napoleónicas del siglo XIX, el ejército francés reclutó a un significativo número de niños, especialmente huérfanos, para que participaran en las hostilidades⁵.

No obstante, a finales del siglo XIX tuvieron lugar también los primeros pasos encaminados a la protección internacional a los niños, como el Congreso Internacional de Protección a la Infancia de París en 1883⁶. A raíz de estos sucesos, se logró que la comunidad internacional comenzara a reconocer la vulnerabilidad de los menores de edad y, entre otras cosas, se redujo la participación de niños soldados durante las hostilidades; es

³ Lloyd De Mause. *Historia de la infancia*. Alianza, Madrid, 1991. P 31-46.

⁴ Mijail Zaborov. *Historia de las Cruzadas*. AKAL, Madrid, 1988. P 135.

⁵ Marcela Arellano Velasco. *Uso y Participación de Niños en Conflictos Armados*. Granada, Editorial de la Universidad de Granada, 2008. P. 65-66.

⁶ Paulí Dávila Balsera y Luis María Naya Garmendia. *La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional*. Encounters on Education, Volume 7, 2006. P 74.

así que, durante la Primera Guerra Mundial, dicha participación no fue muy frecuente⁷. Pocos años después del término de esta Guerra, la Liga de las Naciones aprobó la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño de 1924, y consolidó por primera vez, la protección internacional de menores, estableciendo en ella los derechos de este grupo vulnerable y, en especial, los deberes que tienen los adultos con respecto a ellos. Este fue el primer tratado internacional de protección de la infancia, y aunque no se refirió específicamente a la participación de niños en conflictos armados, se centró en el bienestar del niño y en reconocer sus derechos al desarrollo, asistencia, socorro y protección⁸.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de la Comunidad Internacional de mantener a los niños alejados de los enfrentamientos armados, la Segunda Guerra Mundial y su alto índice de participación de niños en los Ejércitos alemanes demostró que dichas iniciativas eran insuficientes⁹. De manera general, el elevado grado de participación de la infancia en los conflictos armados del Siglo XX, demostró que el creciente fenómeno de los niños soldados estaba presente en el mundo entero. Ejemplo de ello son la Guerra Civil de Camboya¹⁰ en los años 70's, en donde los Jemeres Rojos reclutaron miles de niños entre 7 y 10 años de edad; el conflicto entre Irak e Irán en los años 80's¹¹, en donde ambas partes reclutaron miles de niños entre 12 y 16 años¹²; y el conflicto interno en El Salvador en los

⁷ Idem.

⁸ Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño de 1924. Aprobada en la Asamblea V de la Liga de las Naciones el 26 de diciembre de 1924.

⁹ Felipe Gomez Isa. *La Participación de los Niños en los Conflictos Armados. El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño*. Bilbao, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos: Universidad de Deusto, 2000. P. 35.

¹⁰ La Guerra Civil de Camboya fue un conflicto armado que tuvo lugar entre 1967 y 1975, entre los guerrilleros comunistas Jemeres Rojos, encabezados por Pol Pot, y el gobierno del Presidente de la República Jemer, el mariscal Lon Nol. Finalmente, el 17 de abril de 1975, los Jemeres Rojos derrocaron al mariscal y fundaron la República de Kampuchea. El régimen de los Jemeres Rojos lideró el asesinato de cerca de 1.67 millones de camboyanos durante su régimen. Benedict F. Kiernan. *Raza, poder y genocidio en la época de los Jemeres Rojos 1975-79*. Universidad de Yale.

¹¹ The Iran-Iraq War, also called the First Persian Gulf War, was a conflict between the armed forces of Iraq and Iran lasting from September 1980 until August 1988. The war began when Iraq invaded Iran on September 22, 1980, following a long history of border disputes. The United Nations Security Council called upon both parties to end the conflict on multiple occasions, but a ceasefire was not agreed to until August 20, 1988. New World Encyclopedia. *Iran- Iraq war*. http://www.newworldencyclopedia.org/entry/Iran-Iraq_War. Acceso: 19 de agosto de 2013.

¹² Kiljunen. *Kampuchea in the 70's children*. International Symposium on Children and War. Baths, Finland, March 1983.

años 90's¹³, en donde las guerrillas secuestraban a menores de 14 años para obligarlos a participar en el combate¹⁴. En 1996, *el Boletín Children of War* de la ONG Save the Children, se pronunció oficialmente y declaró que al momento existían menores de 18 años involucrados en de 33 conflictos alrededor del mundo, en 22 de los cuales habían menores de 15 años¹⁵.

Con el inicio del Siglo XXI, el problema de los niños soldados empeoró. De acuerdo con el Informe Global de 2001 de la Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados¹⁶, más de 300 000 niños menores de 18 años luchaban en conflictos armados en más de 30 países alrededor del mundo y, en más de 85 países, cientos de miles de menores de 18 años habían sido reclutados por fuerzas armadas gubernamentales, grupos paramilitares, milicias civiles y todo tipo de grupos armados no estatales¹⁷. Tres años después, en el Informe Global de 2004, la Coalición denunció que el número de niños participando en hostilidades había ascendido a cerca de 400 000 y estableció, además, que niños menores de 18 años habían participado en conflictos armados de Afganistán, Angola, Burundi, Colombia, República Democrática del Congo, Costa de Marfil, Guinea, India, Irak, Israel, Indonesia, Liberia, Myanmar, Nepal, Filipinas, Rusia, Ruanda, Sri Lanka, Somalia, Sudan y Uganda¹⁸.

La participación de niños soldados en conflictos armados ha ido aumentando alarmantemente desde mediados del siglo XX. A pesar de las iniciativas de tratados y

¹³ Conflicto bélico interno ocurrido en el país centroamericano, en el que se enfrentaron, el ejército gubernamental, la Fuerza Armada de El Salvador, (FAES), en contra de las fuerzas insurgentes del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN). El conflicto armado nunca fue declarado en forma oficial, pero se considera usualmente que se desarrolló entre 1980 y 1992. BBC News. http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_3550000/3550459.stm. Acceso: 19 de agosto de 2013.

¹⁴ UN. *Final Report on the Situation of Human Rights in El Salvador*, Submitted by Profesor José Antonio Pastor. February 1985. P. 42.

¹⁵ Arellano, op. cit. P 68.

¹⁶ La Coalición para Detener el Uso de Niños Soldados (hoy conocida como Child Soldiers International) fue establecida en 1998, product de un acuerdo entre organizaciones internacionales de derechos humanos: Amnesty International; Defence for Children International; Human Rights Watch; International Federation Terre des Hommes; International Save the Children Alliance; Jesuit Refugee Service; the Quaker United Nations Office – Geneva; and World Vision International. Esta Coalición fue creada con el objetivo de crear mecanismos permanentes que eliminen el reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados y cuenta con el reconocimiento de las Naciones Unidas. http://www.child-soldiers.org/our_history.php. Acceso: 19 de agosto de 2013.

¹⁷ Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados. Informe Global 2001. P. 1.

¹⁸ Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados. Informe Global 2004. P. 5.

convenciones internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo relacionado a la participación de niños en conflictos armados, y del constante trabajo de Organizaciones Internacionales como UNICEF, Save the Children y la Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados, menores de 18 años continúan participando en conflictos armados alrededor del mundo, poniendo en riesgo su vida y su integridad, y siendo manipulados por los intereses de los actores involucrados en el conflicto.

De acuerdo con el Informe de la Experta del Secretario General de la ONU, Sra. Graça Machel, del año 1999, el enorme incremento de la participación de niños en enfrentamientos armados se debe principalmente a dos factores: a) los cambios en la naturaleza de los conflictos armados y b) la proliferación de armas ligeras. Con respecto al primero, Machel sostiene que el creciente número de conflictos armados internos -cuya regulación por parte del DIH se vuelve casi imposible al tratarse muchas veces de enfrentamientos que no cumplen los requisitos en él establecidos y en los que se vuelve cada vez más complicado distinguir entre la población civil y los combatientes, debido a diversificación de partes en el conflicto- ha acarreado la incorporación de personas que tradicionalmente se hallaban excluidas de la guerra, como las mujeres y los niños¹⁹. Asimismo, con respecto al segundo factor, Machel afirma que la moderna tecnología militar ha hecho que sea mucho más sencillo para un niño empuñar un arma en un conflicto bélico y que “el comercio internacional de armamentos que ha creado fusiles de ataque baratos y de fácil adquisición, permite que las comunidades más pobres tengan acceso a ciertas armas mortales, capaces de transformar cualquier conflicto en una masacre sangrienta”²⁰, con los niños como protagonistas de dichos enfrentamientos²¹.

¹⁹ Informe de la experta del Secretario General, Sra. Graça Machel, presentado en virtud de la resolución 48/157. *Repercusiones de los Conflictos Armados sobre los Niños*. A/51/306, 26 de agosto de 1999. P 8.

²⁰ Idem.

²¹ Ibid, P 3-8.

1.1 Definiciones Generales

Con el objetivo de estudiar el fenómeno de la participación de niños soldados en enfrentamientos armados y su configuración en la actualidad, es necesario, previamente, comprender los elementos que rodean al problema. Dichos conceptos son indispensables para entender el contenido del derecho aplicable. Así:

1.1.1 Conflicto Armado

Los conflictos armados, conocidos como comúnmente como *guerras*, son situaciones de extrema violencia que tradicionalmente involucraban a las fuerzas armadas nacionales de dos o más Estados, quienes principalmente por motivos de territorio o de poder, recurrían al uso de la fuerza para resolver sus impases. Sin embargo, hoy en día, las partes participantes en un conflicto se han diversificado. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)²² en su sentencia del caso *Prosecutor v. Dusko Tadic* en 1997, estableció una definición amplia de conflicto armado que responde a los cambios de naturaleza que este ha sufrido y dicha definición constituye, hasta el día de hoy, un referente para los estudiosos del tema: “(there is an armed conflict) whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”²³.

Durante el desarrollo de un conflicto armado, de cualquier índole que este sea, deben aplicarse las reglas del Derecho Internacional Humanitario (DIH) que se encarga de limitar los medios y métodos de guerra a ser utilizados por las partes, con el objetivo de disminuir el sufrimiento humano. El mencionado Tribunal, en la misma sentencia, señaló que el DIH se aplica “from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of

²² Este tribunal es un cuerpo de la Organización de las Naciones Unidas establecido en cumplimiento de la Resolución 827 de su Consejo de Seguridad, el 25 de mayo de 1993 y creado con el objetivo de enjuiciara los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, durante los conflictos. Las Guerras de Yugoslavia fueron una serie de conflictos que se sucedieron entre 1991 y 2001. Las guerras se caracterizaron por los conflictos étnicos entre los pueblos de la ex Yugoslavia, principalmente entre los serbios por un lado y los croatas, bosnios y albaneses por el otro; aunque también en un principio entre bosnios y croatas en Bosnia-Herzegovina. El conflicto obedeció a causas políticas, económicas y culturales, así como a la tensión religiosa y étnica. El Tiempo. *El conflicto yugoslavo en pocas palabras*. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-366839> Acceso: 3 de septiembre de 2013.

²³ ICTY. *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment*. 1616 Appeals Chamber Decision. Par. 70.

hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved”²⁴. Si no se ha logrado un acuerdo de paz, el DIH continúa en vigencia en todo el territorio de los Estados involucrados o de aquellos que han sido ocupados por una de las Partes, “whether or not actual combat takes place there”²⁵.

1.1.2 Conflicto Armado Internacional (CAI)

Un conflicto armado internacional es aquel que está constituido de manera tradicional: por Estados beligerantes. Según el Artículo 2 común a las Convenciones de Ginebra²⁶ (CG), un CAI existe “(...) en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar.” La principal característica de un CAI es la participación de dos o más Estados en enfrentamientos armados, cualquiera que sea el nivel de violencia alcanzado. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sostiene que, para calificar a un conflicto como internacional, “it makes no difference how long the conflict lasts, or how much slaughter takes place”²⁷, o “the reasons that led to it or if the government of a party is not recognized by the other”²⁸; un CAI es calificado como tal, a partir de los intervinientes.

El Artículo 1 del Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra (PAI), sin embargo, introduce una excepción a la regla general prevista en el Artículo 2 común y añade que los CAIs comprenden también “los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas.” Esta excepción responde a que estas guerras, llamadas de *liberación nacional*, a pesar de no involucrar técnicamente a dos Estados, involucran a dos partes beligerantes, una de las

²⁴ Idem.

²⁵ Ibid, Par. 71.

²⁶ Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 fueron ratificados por el Ecuador el 11 de agosto de 1954 y publicadas en el Registro Oficial RO No. 675 25 de Noviembre de 1954.

²⁷ Jean Pictet. *Commentary on the IV Geneva Convention of 1949*.

<http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/1a13044f3bbb5b8ec12563fb0066f226/be12c9954ac2aec2c12563cd0042a25c>. Acceso: 15 junio 2013.

²⁸ ICRC. *How is the Term "Armed Conflict" Defined in IHL?*.

<http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>. Acceso: 17 de junio 2013.

cuales pretende independizarse de la otra. La comunidad internacional reconoce el derecho de los pueblos a la libre determinación, es decir, a “establecer libremente su condición política y proveer a su desarrollo económico, social y cultural”²⁹ y, por lo tanto, en virtud del principio de que “any non-self-governing territory possesses a status separated and distinct from that of the territory of the State administering it”³⁰, las guerras de liberación nacional son consideradas como CAIs, con el objetivo de ofrecer a los pueblos que luchan una protección más amplia, permitiendo que las disposiciones de las Convenciones de Ginebra sean aplicables a sus enfrentamientos³¹.

1.1.3 Conflicto Armado No Internacional (CANI):

Las disposiciones de las Convenciones de Ginebra son, de manera general, aplicables únicamente a los CAIs, ya que, cuando fueron estas redactadas, se consideraba que el hacerlas aplicables durante las hostilidades internas significaría otorgar a los rebeldes el reconocimiento internacional de beligerantes³². No obstante, gracias a los esfuerzos del Comité Internacional de la Cruz Roja, se decidió incluir dentro de las Convenciones la disposición del Artículo 3 común, que establece estándares mínimos y reglas de humanidad consideradas esenciales por las naciones civilizadas, las cuales deben ser respetadas en el desarrollo de un conflicto armado de carácter no internacional³³. De Acuerdo con el mencionado artículo, un CANI debe ser entendido como "un conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes". Es decir, los CANIs comprenden los enfrentamientos armados entre las fuerzas armadas gubernamentales y grupos armados no gubernamentales, o entre esos grupos únicamente³⁴.

Contrario a lo que ocurre en los CAIs, para que un enfrentamiento interno sea considerado como un CANI sí es necesario que la violencia empleada alcance cierto grado de intensidad

²⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1976. Art. 1.

³⁰ UN Resolution 1615 (XXVII).

³¹ Jean Pictet. *Commentary on the Additional Protocol I*.

http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Commentary_GC_Protocols.pdf Acceso: 2 de agosto de 2013.

³² Jean Pictet. *Commentary on the IV Geneva Convention op. cit.*

³³ Esta disposición tiene la ventaja de ser simple y clara. Además, puede ser aplicada sin estar sujeta a reciprocidad y, para tranquilidad de los Estados, no modifica el estatus legal de los miembros de los grupos armados. En Jean Pictet. *Commentary on the IV Geneva Convention op. cit.*

³⁴ ICRC. *How is the Term "Armed Conflict" Defined in IHL? Op. cit.*

y que los grupos que participen en él, presenten cierto nivel de organización³⁵, que permita diferenciar a este de un simple disturbio, un motín o un acto de bandidaje.

Más adelante, evidenciando la frecuencia de los CANIs alrededor del mundo, se hizo clara la necesidad de elaborar un cuerpo normativo encaminado a regular estas situaciones. De esta manera surgió el Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra, el cual establece una definición más restrictiva de los CANIs, al definirlos como enfrentamientos "que se desarrollan en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo." Esta definición introduce dos requisitos que no estaban presentes en la definición del Art. 3: los grupos beligerantes involucrados deben tener control territorial y las fuerzas armadas nacionales deben intervenir como una de las partes del conflicto. Esta disposición desarrolla y complementa al Art. 3 Común, sin modificar las condiciones para su aplicación. Es decir, cuando un CANI cumpla los requisitos establecidos en el Protocolo II, "the Protocol and common Article 3 will apply simultaneously, as the Protocol's field of application is included in the broader one of common Article 3"³⁶. Mientras que, "in a conflict where the level of strife is low, and which does not contain the characteristic features required by the Protocol, only common Article 3 will apply"³⁷.

1.1.4 Niño Soldado:

Dentro de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, el término *niño* se entiende como "todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"³⁸. Así también, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), definen a un niño como todo "menor que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un

³⁵ ICTY, *The Prosecutor v. Fatmir Limaj, Judgment*. IT-03-66-T. November 2005. Para. 84; ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, op. cit.* Par. 561-568.

³⁶ Jean Pictet. *Commentary on the Additional Protocol II*.

http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Commentary_GC_Protocols.pdf Acceso: 2 de agosto de 2013.

³⁷ Idem.

³⁸ Artículo 1. Convención sobre los Derechos del Niño.

adulto”³⁹. Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, simplemente lo define como “toda persona que noha cumplido 18 años de edad”⁴⁰.

Un *niño soldado*, por otro lado, es definido por la Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados como “aquel menor de 18 años que es miembro o está vinculado a las fuerzas armadas gubernamentales o a cualquier grupo armado regular o irregular, en lugares donde exista o no un conflicto armado, sea como fuerza combatiente o como escudos humanos”⁴¹. Esta definición, aunque acertada en su mayoría, deja de lado a los niños soldados que no participan directamente en el combate, pero que son considerados como tales por su filiación y su aporte a la fuerza armada. Por su parte, el Ex Secretario General de la ONU, Kofi Annan, propone un concepto más amplio y lo define como: “a person under the age of 18 who directly or indirectly participates in an armed conflict as part of an armed force or group. Whilesome children wield assault rifles, machetes, or rocket propelled grenades on the frontlines, others are used in "combat support" roles as messengers, spies, cooks, mineclearers, porters and sexual slaves”⁴².

Personalmente, considero que se debe establecer una definición aún más amplia y el término *niño soldado*, debe ser entendido como aquella persona menor de 18 años que se encuentra participando activamente en enfrentamientos armados, desempeñando diversos roles que, debido a su naturaleza, ponen en riesgo su vida y su integridad⁴³.

1.1.5 Grupo Armado

Un grupo armado, distinto al Ejército de un Estado, puede constituirse como una de las partes del conflicto, siempre y cuando cumpla con los requisitos necesarios para ser considerado como tal. Dentro de la Regla 4 del IHL Customary Law, únicamente se establece como requisito que el grupo armado cuente con un “command responsible to that

³⁹ Regla 2.2ª Reglas de Beijing. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

⁴⁰ Corte IDH. *Opinión Consultiva acerca de la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, solicitada por la Comisión IDH. OC-17/2002. 28 de Agosto de 2002. Par 42.

⁴¹ Coalición Española para Acabar con la Utilización de Niños y Niñas Soldado. *Definiciones*. <http://www.menoressoldados.org/enprofundidad/ninos-soldado/cuantos-y-donde>. Acceso: 22 de junio 2013.

⁴² Kofi Annan. UN Secretary General in a speech to the Security Council. 26 July 2000.

⁴³ ICC. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. Trial Chamber I. March 14th 2012. Par. 628.

party for the conduct of its subordinates”⁴⁴, es decir, que sus miembros deban responder ante un superior jerárquico establecido. Sin embargo, el Reglamento de la Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907, añade dos requisitos adicionales: primero, que los miembros de los grupos armados deben usar un distintivo fijo y reconocible a la distancia, así como portar las armas frontalmente, de manera que, durante los enfrentamientos, sea posible respetar el principio de distinción; y, segundo, que los combatientes se sujeten a las leyes y costumbres de la guerra, para garantizar el respeto a las reglas de humanidad⁴⁵. Es decir, un grupo armado debe tener un cierto grado de organización que le permita desempeñar operaciones militares sostenidas⁴⁶ y, a la vez, respetuosas de las disposiciones del DIH.

1.1.6 Crímenes de Guerra

El artículo 22 del Reglamento de la Haya respecto de las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre establece claramente que “Los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo.” Las regulaciones establecidas en el Derecho de la Haya, en el Derecho de Ginebra y en la Costumbre Internacional con respecto al desarrollo de las hostilidades, son de cumplimiento obligatorio por las partes dentro de un conflicto armado y el incumplimiento de las mismas se constituye como un *crimen de guerra*.

Malcom Shaw ha definido a los crímenes de guerra como “those serious violations of the rules of customary and treaty law concerning international humanitarian law, that have become accepted as criminal offences, for which there is individual responsibility”⁴⁷. Por su parte las Naciones Unidas, a través del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, ha definido el término como “serious breaches of international humanitarian law committed against civilians or enemy combatants during an international or domestic armed conflict, for which the perpetrators may be held criminally liable on an individual basis”⁴⁸.

⁴⁴ Henckaerts y Doswald-Beck. *Customary International Humanitarian Law*. ICRC. Volume 1: Rules. Cambridge 2009. Rule 4.

⁴⁵ Art. 1 del Reglamento de la Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907.

⁴⁶ ICTY, *The Prosecutor v. Fatmir Limaj, Judgment*. IT-03-66-T. November 2005.

⁴⁷ Malcom Shaw. *International Law*. Cambridge University Press, 2008. P. 433–434.

⁴⁸ United Nations Human Rights. *Info Note 2 DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO 1993-2003*

En el año 1998, mediante la expedición del Estatuto de Roma, el Derecho Penal Internacional definió oficialmente a los crímenes de guerra que, en los casos de conflictos armados internacionales, estableció como infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los CAIs; y, en el caso de conflictos armados no internacionales, como violaciones al Art. 3 común y a las leyes y usos aplicables en los CANIs⁴⁹.

1.1.7 Reclutamiento, Alistamiento y Utilización Activa de Niños durante las hostilidades (Estatuto De Roma)

El Art. 8.2.b.xxvi y 8.2.e.vii. del Estatuto de Roma identifican al Reclutamiento, al Alistamiento y a la Utilización activa de niños en conflictos armados como crímenes de guerra, sancionables bajo la legislación internacional:

- a) *Reclutamiento* comprende la incorporación de individuos a todo tipo de fuerza o grupo armado regular o irregular, de manera obligatoria, forzada o voluntaria⁵⁰. En la sentencia de la CPI del Caso Lubanga, el término *Reclutamiento* (en términos de la infancia) está definido como “incorporation of a boy or a girl under the age of 15 into an armed group” y dentro de este, identifica dos subcategorías: *conscription*, o incorporación forzosa y *enlistment*, o incorporación voluntaria⁵¹. Consecuentemente, el término *Alistamiento* o *enlistment* debe ser entendido como el enrolamiento voluntario de un niño dentro de las filas de un grupo armado, sin que para ello haya mediado el uso de la fuerza por parte de los reclutadores⁵².
- b) *Utilización*, por su parte, fue definida en la mencionada sentencia como el empleo de niños en cualquier actividad relacionada con el conflicto armado o dentro del

UN Mapping Report. http://www.ohchr.org/Documents/Countries/ZR/FS-2_Crimes_Final.pdf. Acceso: 19 de agosto de 2013.

⁴⁹ Art. 8 Estatuto de Roma.

⁵⁰ Principios de la Ciudad del Cabo. Adoptado por los participantes en el simposio sobre la prevención del reclutamiento de niños en las fuerzas armadas y la desmovilización y reintegración social de niños soldado en África. Organizado por la UNICEF en cooperación con el subgrupo de ONG's, del grupo de trabajo de ONG sobre la Convención de los Derechos del Niño, Ciudad del Cabo, 1997. Primera parte: Definiciones.

⁵¹ ICC. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Op. cit. Par. 607.

⁵² Ibid, Par. 608.

contexto de este, sin ser necesaria evidencia de participación directa ni de reclutamiento previo⁵³.

1.2 Tipos de Reclutamiento de Niños

A pesar de la dificultad de arrojar cifras exactas, UNICEF ha establecido que actualmente existen aproximadamente 300 000 –niños y niñas menores de 18 años– implicados en 30 conflictos armados a nivel mundial⁵⁴. Las razones que llevan a estos niños a formar parte de las fuerzas armadas y participar en las hostilidades, son de lo más diversas. Tradicionalmente, se han identificado tres tipos de reclutamiento: el obligatorio, el forzado y el voluntario o alistamiento.

1.2.1 Reclutamiento Obligatorio o Conscripción

La conscripción o servicio militar obligatorio es “un sistema de alistamiento en las fuerzas armadas nacionales, contemplado en la ley de cada Estado; se trata de un servicio a favor del Estado que ciertos ciudadanos (especialmente varones) han de cumplir, por lo general, de manera gratuita”⁵⁵. Este servicio militar obligatorio es un concepto muy antiguo que generalmente involucra a personas mayores de 18 años, pero que ocasionalmente, en algunos estados, ha estado dirigido también a menores de edad.

En la actualidad, sin embargo, la obligatoriedad de esta medida ha sido ampliamente debatida por varios sectores a nivel mundial, por razones doctrinarias, políticas y de conciencia, hasta el punto en que varios países han tenido que reformar sus normas y convertirlo en un servicio voluntario, como ocurrió en el caso de nuestro país, mediante la expedición de la Constitución del 2008⁵⁶.

⁵³ Ibid, Par. 620-621.

⁵⁴ UNICEF. *Fact Sheet of Child soldiers*. <http://www.unicef.org/emerg/files/childsoldiers.pdf>. Acceso: 6 de agosto de 2013.

⁵⁵ Arellano, op. cit. P. 102.

⁵⁶ Art. 161 de la Constitución del Ecuador.

1.2.2 Reclutamiento Forzoso

Se llama reclutamiento forzoso, en cambio, a aquel que sin fundamento legal, es llevado a cabo por parte de las fuerzas nacionales o de grupos armados de otra índole, contra la voluntad manifestada por el niño⁵⁷. Una gran parte de los niños que ingresan a las filas de los grupos armados, lo hacen como resultado del uso de la fuerza o de las amenazas en contra de su integridad o la de sus familias. Muchos de ellos son secuestrados, golpeados o amenazados de muerte. “En muchos casos los reclutas son apresados arbitrariamente en la calle o aún en las escuelas y orfanatos (...) siendo los niños de los sectores más pobres de la sociedad, particularmente vulnerables”⁵⁸. Por ejemplo, de acuerdo con el Informe Global del 2008 de la Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados, en Myanmar “boys below the age of 18 continue to be forcibly recruited into the army in large numbers and were used in active combat as well as other roles”⁵⁹. Asimismo, el informe indica que particularmente las fuerzas armadas nacionales de Chad, el Congo, Somalia, Sudan, Israel y Uganda han reclutado forzosamente a niños menores de 18 años para que participen en las hostilidades⁶⁰.

Una vez reclutado, el niño pasa por un entrenamiento militar extremo. Este incluye, muchas veces, obligarle a asesinar con sus propias manos a un miembro de su comunidad, o realizar un determinado acto que elimine la posibilidad de que pueda reintegrarse a ella, de manera que los reclutadores tengan la seguridad de que el niño permanecerá dentro del grupo el tiempo que ellos lo requieran⁶¹. Otras veces el niño es movilizado a centros militares localizados en lugares muy distantes de su comunidad, en donde difícilmente podrá ser ubicado por su familia⁶². Lo cierto es que dicho entrenamiento consiste en exagerado trabajo físico -haciéndoles cargar objetos pesados durante horas o golpeándolos sin motivo hasta que pierdan la conciencia-, e intenso adoctrinamiento, de manera que se conviertan en verdaderos “guerreros”⁶³. En el caso del conflicto colombiano, por ejemplo, el

⁵⁷ Gomez, op. cit. P. 19.

⁵⁸ Informe de la experta del Secretario General, Sra. Graça Machel op. cit. P 10.

⁵⁹ Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados. Informe Global 2008. P. 9.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Ilene Cohn and Guy S. Goodwin-Gill. *Child Soldiers. The Role of Children in Armed Conflicts*. Oxford, Oxford University Press, 1994. P 27.

⁶² Informe de la experta del Secretario General, Sra. Graça Machel, op. cit. P 15.

⁶³ Cohn y Goodwin-Gill, op. cit. P 27.

entrenamiento guerrillero, tanto en las FARC como en el ELN, comprende jornadas intensas de ejercicio físico, capacitación en el uso de armas de los más diversos tipos y también un proceso de transmisión de normas, valores y visiones de la sociedad, que hasta incluyen largas y tediosas charlas sobre marxismo-leninismo y sobre la vida del Che Guevara, Jacobo Arenas, Camilo Torres y otros “héroes revolucionarios”⁶⁴.

Un dato curioso a considerar es que los niños provenientes de comunidades con escasos recursos, se convierten en un blanco fácil de reclutamiento para las fuerzas armadas, en razón de la dificultad que representaría para sus familias localizarlos o pagar por su libertad, una vez que han sido reclutados. “Both legal assistance and bribes and “fines” are beyond reach of the families in most cases; (...) and as the recruit moves deeper into the system, the officials become more reluctant to release him”⁶⁵. De esta manera, los niños provenientes de familias económicamente inestables, no solo pertenecen a un grupo vulnerable y enfrentan dificultades en circunstancias normales; sino que además, en tiempos de conflicto armado, tienen más probabilidades de ser forzosamente reclutados para participar en los enfrentamientos.

1.2.3 Reclutamiento Voluntario o Alistamiento

Finalmente, se conoce como reclutamiento voluntario o alistamiento a aquel que responde a la intención libre del recluta de unirse a las filas de una fuerza armada. Contrario a lo que uno pensaría, la mayoría de niños soldados no son secuestrados ni reclutados de manera forzosa; sino que, al menos en apariencia, la mayoría de ellos se enlistan *voluntariamente*⁶⁶. Sin embargo, es ampliamente discutido si un niño está en capacidad de tomar tales decisiones de manera consciente. La CPI, dentro de su sentencia en el caso Lubanga, se pronunció al respecto y señaló que “it will frequently be the case that girls and boys under the age of 15 will be unable to give genuine and informed consent when enlisting in an armed group or force”⁶⁷. De la misma manera, el Tribunal Especial para Sierra Leona indicó en una ocasión que “Attributing voluntary enlistment in the armed forces to a child under

⁶⁴Ximena Pachón C. *La infancia perdida en Colombia: los menores en la guerra*. Universidad Nacional de Colombia. 2009. Working Paper Series No. 15. P 10-11.

⁶⁵ Ibid, P 24.

⁶⁶ Mark Drumbl. *Remaining Childsoldiers in International Law and Policy*. New York, Oxford University Press, 2012. P 17.

⁶⁷ ICC. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. op. cit Par. 613.

the age of 15 years, particularly in a conflict setting where human rights abuses are rife, is [...] of questionable merit”⁶⁸. Las presiones que sobre los niños ejercen la injusticia, la pobreza o los diversos sectores de la sociedad, pueden marcar de manera determinante su decisión de empuñar las armas. De acuerdo con el Informe Especial de la experta del Secretario General de la ONU, Graca Machel, “hunger and poverty may attract children to volunteer as a way to guarantee regular meals, clothing or medical attention. Some children become soldiers to protect themselves or their families in the face of violence and chaos around them, while others, particularly adolescents, are lured by ideology. Children also identify with social causes, religious expression, self-determination, national liberation or the pursuit of political freedom, as in South Africa or the occupied territories”⁶⁹.

Consecuentemente, muchas veces su intención de alistarse no es producto de su voluntad propia, sino de diversos grados de fuerza indirecta que van desde incentivos o presiones sutiles, hasta casos graves de manipulación psicológica e ideológica. Existen indicios, y en muchos casos pruebas, de que múltiples grupos armados irregulares no solo permiten sino que fomentan el alistamiento voluntario de niños, en estados como Afganistán, Argelia, Burkina Faso, Burundi, Chad, Colombia, Comoras, Costa de Marfil, Rusia, Filipinas, Ghana, Guinea, India, Indonesia, Irak, Irán, Islas Salomón, Líbano, Liberia, Marruecos, Nepal, Nigeria, Pakistán, Tanzania, Sierra Leona, Somalia, Sri Lanka, Sudán, Uganda, Yemen y Zambia⁷⁰.

No obstante todo lo mencionado, algunos expertos como Ilene Cohn y Guy Goodwin-Gil, diferencian al reclutamiento voluntario del *coercitivo o abusivo*, el cual defienden que “abarca las situaciones en que no existen pruebas de amenaza física o intimidación directa, pero en cambio si hay indicios de que el enrolamiento es involuntario”⁷¹. Siguiendo esta línea, es posible diferenciar aquellos casos en que el reclutamiento es *aparentemente* voluntario, de aquellos en que el reclutamiento es *legítimamente* voluntario.

Es errado descartar absolutamente la posibilidad de que, en algunos casos, el alistamiento de un niño sea resultado de su propia decisión, como sujeto independiente. Al decir de

⁶⁸ SCSL, *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*. CDF Trial Judgment, August 2nd 2007. Par. 192

⁶⁹ Informe de la experta del Secretario General, Sra. Graca Machel, op. cit.

⁷⁰ Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados. Informe Global 2004.

⁷¹ Citado en Arellano, op. cit. P. 119.

Mark Drumbl, “many prefer to believe that child soldiers are ignorant (...) and lack the cognitive capacity for discernment. (...) Young people may understand volunteerism within the context of their lives and apply it fairly to themselves”⁷². La voluntad del niño puede, en ciertos casos, jugar un papel fundamental en su resolución de unirse al grupo armado y no puede ser descartada de inicio. Esta decisión debe ser objeto de un profundo análisis en cada caso, y debe tomar en cuenta la capacidad progresiva⁷³ del niño, de acuerdo al desarrollo alcanzado, sin utilizar “infantilizing concepts to protect him”⁷⁴ y considerándolo como un miembro más de la sociedad.

1.3 Causas de la Participación de Niños en Conflictos Armados

Como afirman Cohn y Goodwin-Gill, las motivaciones para la participación de niños en conflictos armados “descansan en las mismas raíces de los conflictos: en las condiciones sociales, económicas y políticas que definen sus vidas”⁷⁵. Existen una serie de causas que desencadenan dicha participación y están seriamente vinculadas con el entorno en el que se desarrolla el niño (incluyendo su localidad, su estilo de vida y su familia) y con las características particulares de su condición.

1.3.1 Causas de Reclutamiento forzoso

El reclutamiento de niños en fuerzas armadas se debe principalmente a “necesidades de tipo militar, como ejercer control social en sus zonas de influencia, aumentar el número de sus efectivos y, más que nada, contar con las ventajas de tipo militar que la propia condición de niño proporciona, por resultar menos sospechosos, ser más fáciles de someter o adoctrinar, carecer de responsabilidades de tipo familiar, etc”⁷⁶. Los niños son preferidos especialmente por grupos armados de oposición, hasta el punto de que, en algunos países

⁷²Drumbl, op. cit. P 15.

⁷³El concepto de capacidad progresiva es desarrollado por la Doctrina de la Protección Integral y es estudiado más adelante en el Capítulo III de este trabajo. Edson Seda. *El Nuevo paradigma del niño y la niña en América Latina*. <http://www.unicef.org.co/Ley/Al/06.pdf> Acceso: 7 de agosto de 2013.

⁷⁴Drumbl, op. cit. P 15.

⁷⁵Cohn y Goodwin, op. cit. P. 168.

⁷⁶Arellano, op. cit. P 117.

como Angola, Colombia, Mozambique, Sri Lanka o Sudán, ello se ha convertido en una auténtica política militar⁷⁷, tremendamente arraigada y muy difícil de cambiar.

Reclutar a un niño en un grupo militar resulta mucho más sencillo que hacerlo con cualquier otro miembro de la sociedad, porque “they are easily manipulated, are not fully aware of the dangers and have undeveloped notions of right and wrong”⁷⁸. Las circunstancias de conflicto en las que se desarrollan estos niños, pueden crear en ellos tendencias violentas, sentimientos de venganza y necesidades insatisfechas, fácilmente aprovechadas por los miembros de los grupos armados. Es así que su condición de vulnerabilidad los vuelve blancos fáciles de reclutamiento forzoso.

Por otro lado, muchos grupos armados sostienen que “young, impressionable children can be turned into the fiercest fighters through brutalization, exposure to and involvement in violence”⁷⁹. La facilidad con la que se puede impactar, e incluso modificar, la mente y el actuar de los niños, los vuelve más atractivos a los ojos de los grupos armados, cuando se trata de decidir a quién reclutar. Desde la década de los 80's, por ejemplo, la Resistencia Nacional Mozambique RENAMO recluta mayoritariamente niños de seis, siete y ocho años, sosteniendo que “they have more stamina, are better at surviving in the bush, do not complain and follow directions”⁸⁰. Los líderes de este grupo armado afirman que reclutar menores de 18 años resulta más provechoso que reclutar adultos porque, mediante adoctrinamiento, consiguen que los niños que sirven en sus filas no sientan “fear or revulsion for the massacres, which they carry out with greater enthusiasm and brutality than adults”⁸¹.

Finalmente, los niños representan cierta ventaja para las fuerzas armadas en virtud de que pueden desempeñar funciones difícilmente ejecutables por otros reclutas, como el espionaje; y también actividades que otros soldados se rehúsan a realizar, como la búsqueda y desmantelamiento de minas. Un informe del año 2002 del antiguo Representante Especial para los Niños en Conflictos Armados, Olara Otunnu, denunció que los rebeldes chechenos

⁷⁷ Ibid, P 110.

⁷⁸ ICRC. *Child soldiers and other children associated with armed forces and armed groups*. Geneva, ICRC, 2012. P 5.

⁷⁹ Cohn y Goodwin, op. cit. P 167.

⁸⁰ Ibid, P 26.

⁸¹ Citado en Cohn y Goodwin, op. cit. P 26.

reclutaron y usaron niños como soldados, específicamente para sembrar minas y otros explosivos, tarea que los demás soldados no desempeñaban⁸². Asimismo, el Informe Global del 2004 de la Coalición, señala que los grupos palestinos utilizaron niños soldados para realizar sus ataques con bombas suicidas, perpetrados dentro del periodo del 2002 hasta el 2004⁸³.

1.3.2 Causas de Reclutamiento voluntario o Alistamiento

Las causas que motivan a los niños a alistarse en un grupo armado, como resultado (real o aparente) de una decisión propia, podemos clasificarlas en dos grupos: Económicas y Sociales.

1.3.2.1 Económicas:

Una de las irrefutables consecuencias de un conflicto armado, es la pobreza de los grupos sociales involucrados, principalmente aquellos que eran ya considerados vulnerables. Frente a esta realidad, muchos de los niños que a diario son víctimas de desigualdad y de injusticia social, y cuyas necesidades básicas no están cubiertas, optan por unirse a grupos armados con la esperanza de que aquello les provea, a ellos y a sus familias, de los medios necesarios para subsistir⁸⁴. Neil Boothby, por ejemplo, concluyó en su libro *Children and War* que la falta de alimentos y protección fue una de las razones principales para que muchos niños camboyanos se enlisten en los grupos armados entre 1979 y 1989⁸⁵. Niños que han sido separados de sus familias, que han sido abandonados o desplazados, o que no tienen acceso a servicios básicos, ven la opción de unirse a estos grupos como su única oportunidad de asegurarse la protección, el alimento y la vivienda, que no podrían obtener de ninguna otra manera⁸⁶. Es por ello que la abrumadora mayoría de los niños que participan en conflictos armados provienen de entornos familiares rotos, desprovistos económica o socialmente, o de otros grupos marginales, que ven al alistamiento como una auténtica forma de supervivencia⁸⁷. Asimismo, existen también casos en los que el ejército

⁸² Citado en Arellano op. cit. P 110.

⁸³ Informe de la Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados. Informe Global 2004.

⁸⁴ Informe de la experta del Secretario General, Sra. Graça Machel, op. cit.

⁸⁵ Cohn y Goodwin, op. cit. P. 45.

⁸⁶ UNICEF. *Factsheet: Child Soldiers*, op. cit.

⁸⁷ Gomez, op. cit. P 16.

promete entregar una parte del pago del niño soldado a los miembros de su familia y, cuando esta posee escasos recursos, son los propios padres o parientes los que presionan al niño para que se aliste⁸⁸.

Más aún, en algunos casos, “la motivación económica va más allá de la mera supervivencia, dado que el Ejército ha sido tradicionalmente una de las rutas para escalar socialmente en determinadas sociedades”⁸⁹. El pertenecer a un grupo armado, es visto por algunos niños (especialmente adolescentes), como una fuente significativa de ingresos y como una manera de conseguir *status* dentro de su comunidad. Un niño que decide empuñar las armas y tomar parte en las hostilidades, puede ser visto por sus pares como un héroe que lucha en contra de la opresión o que está lleno de patriotismo, y hay quienes ven este reconocimiento como razón suficiente para enlistarse⁹⁰. En el caso de Estados Unidos, muchos niños menores de edad provenientes de regiones pobres, deciden orgullosamente unirse a sus fuerzas armadas nacionales “to traverse their own trajectories of social advancement, obtain economic Independence and provide for loved ones”⁹¹.

1.3.2.2 Sociales:

La familia, en sus diversas formas, es uno de los pilares fundamentales del desarrollo del niño y es su fuente principal de seguridad, de protección y estabilidad⁹². Por ello, es común que los niños huérfanos o separados de sus familias decidan involucrarse en grupos armados en busca del respaldo y del sentido de pertenencia que no encuentran en sus hogares. En Uganda, “as a result of the 1983-1985 anti-insurgency campaign by the Obote government, thousands of children were orphaned or separated from their families. Many of them fled to the rebel National Resistance Army (NRA), which absorbed some 3000 children under 16 into its ranks”⁹³. Por otro lado, muchos menores de edad víctimas de maltrato físico o psicológico, o de abusos sexuales por parte de sus padres o

⁸⁸ Ibid, P. 20.

⁸⁹ Brett and McCallin. *Children: The invisible Soldiers*. Vaxjo, Radda Barnen, 1996. P 101.

⁹⁰ Drumbl, op. cit. P 7.

⁹¹ Ibid, P 78.

⁹² Instituto Interamericano del Niño-OEA. *La familia*.

http://www.iin.oea.org/videos/Documento_explicativo_Video_Es_mi_Familia.pdf Acceso: 13 de septiembre de 2013. P 2,3.

⁹³ Matthew Happold. *Child soldiers in International Law*. Manchester, Manchester University Press, 2005. P 13.

cualquier otro miembro de su familia, “toman las armas por el deseo de escapar de esta situación, buscando procurarse una nueva vida”⁹⁴. De acuerdo a estudios realizados, una gran parte de las niñas enlistadas voluntariamente en las filas del NRA, lo hicieron motivadas por la explotación doméstica y los abusos sexuales o/y psicológicos de los que fueron víctimas en sus hogares⁹⁵.

Por su parte, la Coalition to Stop de Use of Child Soldiers, señala que el factor más importante para el alistamiento de un menor “es el maltrato sufrido por ellos o por sus familias”⁹⁶. En muchas ocasiones, sus familiares cercanos o ellos mismos, son víctimas de maltratos prolongados, humillaciones, extorsiones y torturas, o incluso son asesinados, como consecuencia del conflicto; y estas situaciones les provocan resentimientos y desazón, que se transforman en deseos de venganza y los motivan a empuñar las armas⁹⁷. “(When) the child is witness to the abuse or death of family, arrest and torture, the support is gone. Guilt combines with the desire for revenge, walks hand to hand with need and vulnerability. The weapons of war seem to offer an answer, or at least a better alternative”⁹⁸. Después de que un niño ha sido víctima de alguna de las circunstancias mencionadas, predominan en él los sentimientos de frustración, desolación y pérdida y “la unidad militar puede significar su familia adoptiva, particularmente cuando el guerrillero adquiere un matiz romántico, convirtiéndose en una lucha contra el enemigo común”⁹⁹ que perpetró los actos de violencia o maltrato en su contra.

Finalmente, el contexto en el que viven los niños es también determinante en su decisión de unirse al ejército. Muchos niños se pueden sentir atraídos por discursos que les muestran la vida militar como el camino idóneo para la consecución de determinados objetivos políticos, sociales o religiosos¹⁰⁰. Cuando la sociedad legitima abiertamente el uso de la

⁹⁴ Arellano, op. cit. P. 119.

⁹⁵ Happold, op. cit. P 13.

⁹⁶ Coalition to Stop the Use of Child Soldiers. *A growing phenomenon*. Geneve, 1999. P 4.

⁹⁷ Gomez, op. cit. P 18.

⁹⁸ Cohn y Goodwin, op. cit. P 168.

⁹⁹ Gomez, op. cit. P 19.

¹⁰⁰ Arellano, op. cit. P 124.

violencia¹⁰¹ e idealiza al conflicto y a quienes están involucrados en él, exaltando su *valentía* y su *compromiso con la causa*, ello produce en los niños el deseo de unirse a estos bandos, en un esfuerzo por fortalecer su autoestima y su sentimiento de pertenencia a la comunidad¹⁰². En el Salvador, por ejemplo, el Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP), una de las facciones del frente de Liberación Nacional Farabundo Martí (FLNFM), creó en los años 80 una escuela para niños en la que se enseñaba la ideología del movimiento y donde se premiaba a los jóvenes más talentosos, incorporándolos al batallón de élite Rafael Arce Zabiah (BRAZ)¹⁰³. Asimismo, en 1986, Human Rights Watch denunció el adoctrinamiento religioso y político llevado a cabo tanto por los soviéticos como por la resistencia Muyahid, para lograr el alistamiento de niños afganos. Así, miles de niños fueron enviados a la Unión Soviética para el adoctrinamiento a largo plazo y la instrucción en sabotaje, espionaje y asesinato, mientras los muyahidin dotaban a los niños de las armas espirituales y emocionales necesarias para enfrentar los combates¹⁰⁴.

1.4 Tipos de Participación dentro de un Conflicto Armado

Antes de la expedición del Estatuto de Roma, la participación de un niño dentro de las filas de un grupo armado se clasificaba en dos tipos: directa o indirecta. La participación directa hacía referencia única y exclusivamente a la participación en combate, es decir, “warlike acts which by their nature or purpose are designed to strike enemy combatants or materiel; acts, therefore, such as firing at enemy soldiers, throwing molotov-cocktail at an enemy tank, blowing up a bridge carrying enemy war materiel, and so on”¹⁰⁵ Mientras que la participación indirecta, se refería a “todas aquellas actividades que no están relacionadas con las hostilidades, pero que prestan un apoyo directo al grupo armado, como la

¹⁰¹ Este fenómeno se conoce como *Militarización de la vida cotidiana*. Según Sedky-Lavandero, ello “induce a los niños a evaluar su propia participación en el combate como un hecho corriente.” Citado en Gomez, op. cit. P 18.

¹⁰² Gomez, op. cit. P 18.

¹⁰³ Arellano, op. cit. P 125.

¹⁰⁴ Reporte de Human Rights Watch en la Unión Soviética. <http://www.refworld.org/docid/467fca39c.html> Acceso: 8 de agosto de 2013.

¹⁰⁵ Sandoz, Swinarski y Zimmermann. *Comentarios a los Protocolos Adicionales de 1977 a las Convenciones de Ginebra*. Ginebra, Martinus Nijhoff Publishers, 1987. P 619.

utilización de niños portadores de suministros hasta el frente u otras actividades en el propio frente o campamento militar”¹⁰⁶.

En el año 1998, el Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁰⁷ introdujo una tercera clasificación, de tipo más amplio, que toma el nombre de “participación activa”; término que fue adoptado también por el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, durante el juzgamiento de *AFRC*, al señalar que “Using children to ‘participate actively in the hostilities’ encompasses putting their lives directly at risk in combat.”¹⁰⁸. Posteriormente, la CPI en su sentencia del caso Lubanga confirmó lo señalado por el Tribunal y afirmó que: “Those who participate actively in hostilities include a wide range of individuals, from those on the front line (who participate directly) through to the boys or girls who are involved in a myriad of roles that support the combatants. (...) The decisive factor, therefore, in deciding if an “indirect” role is to be treated as active participation in hostilities is **whether the support provided by the child to the combatants exposed him or her to real danger as a potential target**”¹⁰⁹. Dentro de esta sentencia se determina que estos dos factores –la participación del niño en apoyo a la fuerza armada y el riesgo al que está expuesto por desempeñar tal rol- bastan para que su participación sea considerada como *activa*, aunque no esté presente en medio del campo de batalla.

1.5 Legislación Regulatoria Internacional

1.5.1 Marco Jurídico Internacional para Limitar la Participación de los Niños en Conflictos Armados.

Aunque los niños han participado desde siempre en conflictos armados, es apenas en las últimas décadas en que el Derecho Internacional ha comenzado a regular este fenómeno. Actualmente la participación de los niños en conflictos armados está regulada a

¹⁰⁶ Arellano, op. cit. P 50.

¹⁰⁷ El Estatuto de la Corte Penal Internacional fue ratificado por el Ecuador el 5 de febrero de 2002 y publicado en el Registro Oficial RO No. 699 7 de Noviembre de 2002.

¹⁰⁸ SCSL, *AFRC Trial Judgment*. 20 June 2007. Par. 736.

¹⁰⁹ ICC. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. op. cit. Par. 628.

través del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

1.5.1.1 Derecho Internacional Humanitario

Esta rama del derecho comprende “all those rules of international law which are designed to regulate the treatment of the individual –civilian or military, wounded or active-- in armed conflicts”¹¹⁰. Aunque existieron ciertas normas expedidas con anterioridad (como las Convenciones de la Haya y los Convenios de Ginebra de 1906 y de 1929), en la actualidad esta rama del derecho se rige principalmente por las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos Adicionales de 1977.

1.5.1.1.1 Convenios de Ginebra de 1949

Aunque existen varias disposiciones dentro de los Convenios de Ginebra concernientes a la protección de los niños como grupo vulnerable en tiempos de guerra, ninguna de ellas se pronuncia respecto de la participación de los mismos en las hostilidades¹¹¹. Ello se explica, sin embargo, si tomamos en cuenta que estos instrumentos surgieron como respuesta a las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial y, por lo tanto, su principal preocupación era proteger a los niños de las deportaciones, el hambre, los trabajos forzados y las masacres, que afectaron enormemente a la infancia durante aquella época¹¹². Aunque dentro de la Conferencia Diplomática de 1949 en la que se adoptaron los Convenios, se analizó el problema del reclutamiento de niños en Alemania (1945), este fue reconocido como un problema excepcional que no requería ser regulado expresamente dentro de las Convenciones, por tratarse de un caso, más bien, *excepcional*¹¹³.

Los únicos artículos relativos al reclutamiento contenidos en los Convenios, son el Art. 50 inciso 1 y el Art. 51 de la CG IV. El primero establece:

Con la colaboración de las autoridades nacionales y locales, la potencia ocupante facilitará el buen funcionamiento de los establecimientos dedicados a la asistencia y a la educación de

¹¹⁰ Citado en Trevor Buck. *International Child Law*. New York, Routledge, Second Edition, 2011. P 286.

¹¹¹ Convenios de Ginebra de 1949.

¹¹² La creación de la UNICEF. http://www.unicef.org/spanish/about/who/index_history.html Acceso: 8 de agosto de 2013.

¹¹³ Happold, op. cit. P 54.

los niños. Tomará cuantas medidas sean necesarias para facilitar la identificación de los niños y registrar su filiación. En ningún caso podrá modificar su estatuto personal, ni alistarlos en formaciones u organizaciones de ella dependientes.

Sin embargo, esta disposición no está encaminada a prohibir que la potencia ocupante reclute dentro de sus fuerzas armadas a niños nacionales del territorio ocupado; sino que se refiere, más bien, a “the enrolment of children into youth movements of an ideological character such as those established in a number of countries under the German occupation during WWII”¹¹⁴.

Por otro lado, el Art. 51 de CGIV indica:

La Potencia ocupante no podrá forzar a las personas protegidas a servir en sus fuerzas armadas o auxiliares. Se prohíbe toda presión o propaganda tendente a conseguir alistamientos voluntarios. (...) No se podrá obligar a que las personas protegidas realicen trabajos que las hagan tomar parte en las operaciones militares.

Esta disposición se refiere, de manera general, al reclutamiento de *personas protegidas*, categoría en la que se encuentran comprendidos los niños como parte de la población civil, pero que no se reduce a ellos exclusivamente y, por lo tanto, no puede ser entendida como norma de protección de la infancia.

Consecuentemente, los dos únicos artículos de las Convenciones de Ginebra que se podría pensar se refieren al reclutamiento de niños soldados, en realidad no llegaron a abordar el tema y dejaron completamente abierta la posibilidad de que aquello ocurra. Siendo los Convenios de Ginebra el pilar fundamental del derecho de la guerra en ese entonces, el tema quedó aún absolutamente libre de regulación.

1.5.1.1.2 Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra 1977

Hasta finales de la década de los 70s, el DIH ofrecía una significativa protección general a los niños en tiempos de conflicto armado mediante las disposiciones de las Convenciones de Ginebra. No obstante, como se acaba de señalar, la protección de estos, específicamente contra el reclutamiento en grupos armados, era prácticamente

¹¹⁴Ibid, P 56.

inexistente. Esta situación trató de ser subsanada durante la Conferencia Diplomática sobre Reafirmación y Desarrollo del DIH de 1977, mediante la expedición del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, aplicable a conflictos armados internacionales, y del Protocolo Adicional II, aplicable a los conflictos armados internos.

1.5.1.1.2.1 Protocolo Adicional I (PAI)

Debido a la falta de consenso entre los representantes de los distintos estados durante la mencionada conferencia, no se logró establecer una prohibición absoluta con respecto al reclutamiento. La propuesta inicial del CICR para el texto concerniente a la participación de niños en tiempo de guerra, señalaba:

“Las partes en conflicto tomarán todas las medidas necesarias para que los niños menores de 15 años no tomen parte alguna en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas, o de aceptar su enrolamiento”¹¹⁵.

Sin embargo, esta propuesta fue rechazada por varios países que se mostraban renuentes a comprometerse de manera absoluta a impedir la participación de niños en los conflictos armados en los que se vean involucrados. De esta manera, el texto final del Art. 77.2 del PAI referente al tema, señala:

(...) 2. Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.

Como lo señala María Teresa Dutli, “this formulation is less mandatory than that proposed to the Diplomatic Conference by the ICRC, which would have obliged the parties to take *all necessary measures* to prevent participation, instead of only the *feasible* ones”¹¹⁶. Esta es una típica obligación de comportamiento y no de resultado¹¹⁷. Este artículo otorga a los

¹¹⁵ Sandoz, Swinarski y Zimmermann, op. cit. P 922.

¹¹⁶ Citado en Cohn y Goodwin, op. cit. P. 60.

¹¹⁷ An obligation of conduct is an obligation to endeavor or to strive to realize a certain result. (...) In contrast, in the case of an obligation of result, as it is commonly understood, there is a burden on the state to attain a precise result. Pierre-Marie Dupuy. *Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's*

Estados un grado significativo de discrecionalidad y permite que puedan alegar que les fue imposible prevenir la participación de los niños en determinada circunstancia y que, por lo tanto, su actuar no constituye una violación a la disposición mencionada¹¹⁸. El texto del artículo 77.2 como quedó establecido, no constituye una prohibición de la participación de niños menores de 15 años en conflictos armados, sino más bien una recomendación a los Estados para que hagan lo posible para evitarlo¹¹⁹.

Por otro lado, el texto final del Art. 77.2 omitió hacer referencia al enrolamiento o alistamiento voluntario, reflejando el deseo de los gobiernos de desvincularse de toda obligación referente al tema. No obstante, el CICR afirma que, aunque no se mencione explícitamente, esta disposición, “incluye también la prohibición del alistamiento voluntario de los menores de 15 años”¹²⁰. Para el Comité, la palabra *reclutar*, incluye tanto el reclutamiento forzoso como en alistamiento voluntario, en razón de que, a pesar de la naturaleza voluntaria del alistamiento, el acto formal de reclutamiento y la incorporación a las fuerzas armadas o grupos armados, sigue siendo necesario y es precisamente ese acto el que está prohibido por el DIH¹²¹.

Algunos autores dicen que las modificaciones realizadas al texto del artículo en cuestión, responde “al interés de los Estados de introducir el principio de necesidad militar, en virtud del cual cuando las circunstancias los requiriesen, incluso los menores de 15 años podrían tomar parte en un conflicto bélico”¹²². Desgraciadamente, en razón de su ambigüedad y lo incompleto de su redacción, este artículo no representó un avance significativo en la protección de los niños contra el reclutamiento en tiempos de conflicto armado.

1.5.1.1.2.2 Protocolo Adicional II (PAII)

Aunque la disposición contenida en el PAI con respecto al reclutamiento en los CAIs es bastante limitada, el Art. 4(3) del PAII constituye, en cambio, un importante avance en este ámbito. Este artículo establece:

Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility. <http://ejil.oxfordjournals.org/content/10/2/371.full.pdf>. Acceso: 19 de agosto de 2013.

¹¹⁸ Happold, op. cit. P 62.

¹¹⁹ Arellano, op. cit. P. 149.

¹²⁰ Citado en Gomez, op. cit. P. 39.

¹²¹ Cohn y Goodwin, op. cit. P 120.

¹²² Gomez, op. cit. P 37.

3. Se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten y, en particular: (...)

c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;

Aunque esta disposición ha sido muy criticada por mantener la edad mínima en 15 años y no elevarla a 18 como se esperaba, manteniendo incompleto el umbral de protección de la niñez; se ha reconocido también el avance que ha representado. Matthew Happold sostiene que este artículo contiene restricciones “far broader than those imposed on the use of children in international armed conflicts by Article 77.2”¹²³. Esta disposición se constituye como una obligación de resultado y no solo de comportamiento, imponiendo sobre los Estados el compromiso concreto de impedir la participación de niños menores de 15 años en hostilidades; obligación que, a diferencia del PAI, es absolutamente clara y, por lo tanto, es difícilmente evadible por los Estados.

Por otro lado, vale señalar que esta disposición es mucho más completa “ya que abandona la fórmula restringida del PAI, al no adjetivar el tipo de participación, lo que permite extender la prohibición a la participación indirecta y al alistamiento voluntario”¹²⁴. Consecuentemente, los Estados no solamente deben prevenir que los niños participen en las hostilidades, sino que también están obligados a impedir que tomen parte en cualquier actividad relacionada con el conflicto.

Finalmente, hay una posición que sostiene que la razón por la que se estableció un régimen más exigente para la participación y reclutamiento de los niños en conflictos armados radica en que “los Estados querían hacer más difícil, tanto jurídica como políticamente, para los grupos armados disidentes dentro de sus territorios, el poder valerse de la ventaja militar que les otorga el utilizar niños soldado”¹²⁵. Sin embargo, es importante recordar que la conducta de un grupo armado solo estará limitada por las disposiciones del PAII si su Estado ha ratificado el tratado y lo ha reconocido como beligerante, o si el grupo ha realizado una *declaración unilateral de intención* de respetar las normas del DIH. En los conflictos del Salvador y de Filipinas, por ejemplo, tanto el Estado como los grupos

¹²³ Happold, op. cit. P 66.

¹²⁴ Arellano, op. cit. P 151.

¹²⁵ Gomez, op. cit. P 41.

insurgentes, declararon su voluntad de regirse por las normas del PAII y todas sus actuaciones debían estar, al menos en teoría, apegadas a sus disposiciones¹²⁶. Desgraciadamente, incluso después de haber realizado tal declaración, las fuerzas armadas de El Salvador continuaron reclutando niños menores de 18 años y la juventud filipina, por su parte, también continuó participando en los grupos guerrilleros¹²⁷. Ello demuestra el largo camino que queda aún por recorrer para lograr que las disposiciones del PAII respecto al tema, sean respetadas.

Como opina Geraldine Van Bueren, sin embargo, a pesar de todas las limitaciones señaladas acerca de los Protocolos Adicionales, se debe reconocer también que representan un progreso significativo, aunque solo fuera para establecer que debería existir una edad mínima para el reclutamiento y participación universalmente reconocida¹²⁸.

1.5.1.2 Relación entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El DIH y el DIDH son dos ramas del derecho internacional que persiguen el mismo fin: la protección de la persona humana, de su dignidad y de sus derechos inherentes¹²⁹. Sin embargo, durante años se sostuvo que la principal diferencia entre ellas, en teoría, es el ámbito de aplicación: mientras que el Derecho de los Derechos Humanos se aplica en todo tiempo, la aplicación del DIH comienza solo cuando se ha cumplido el umbral de violencia necesario para desencadenar un conflicto armado¹³⁰. Sin embargo, esta visión fue superada una vez que se entendió que la aplicación de estas dos ramas no es excluyente, tomando en cuenta que los derechos humanos no son derogados por la mera existencia de un conflicto armado¹³¹. De acuerdo con Pérez González, “procede retener y valorar positivamente tanto

¹²⁶ Cohn y Goodwin, op. cit. P 67.

¹²⁷ Ibid, P 68.

¹²⁸ Citado en Gomez, op. cit. P 42.

¹²⁹ Sonia Hernández Pradas. *El Niño en los Conflictos Armados. Marco Jurídico para su protección internacional*. Cruz Roja Española. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001. P 154.

¹³⁰ XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*. CICR. <http://www.icrc.org/spa/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-es.pdf> Acceso: 7 de octubre de 2013. P 16; ICTY, *The Prosecutor v. Fatmir Limaj, Judgment*. IT-03-66-T. November 2005. Para. 84; ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic, op. cit.* Par. 561-568.

¹³¹ ICJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1.C.J. Reports 1996. P 68.

la consideración de que el Derecho de los Derechos Humanos se sigue aplicando en tiempo de guerra como, sobre todo, la precisión de que se debe recurrir al derecho humanitario para interpretar en un caso dado una norma de derechos humanos”¹³². Consecuentemente, se puede afirmar que estas dos ramas son complementarias¹³³.

La única situación en que los derechos humanos son derogados en tiempos de guerra, tiene lugar cuando los Estados invoquen explícitamente las *cláusulas de derogación de derechos*¹³⁴, previstas en los instrumentos internacionales. No obstante, incluso en esos casos permanecen vigentes, incondicional e inderogablemente, aquellos derechos que forman parte de lo que se conoce como *el núcleo duro de derechos*¹³⁵. Este núcleo comprende, principalmente, los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, moral y mental, a la no discriminación, a ciertas garantías judiciales, a no ser sometido a torturas o tratos crueles, a la protección a la familia y al niño, por citar los más importantes¹³⁶. Curiosamente, el núcleo duro de derechos coincide significativamente con el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, demostrando la relación cercana que existe entre las dos ramas del derecho. Los derechos conocidos como inderogables en el DIDH y los contenidos en el Art. 3 común en el contexto del DIH, son considerados *ius cogens*¹³⁷.

En el caso específico de los niños, niñas y adolescentes, la aplicación de las dos ramas del derecho a las situaciones de conflicto armado es aún más clara, tomando en cuenta que el párrafo 1 del artículo 38 de la Convención de los Derechos del Niño (DIDH) contiene la obligación de las partes de respetar y velar por el cumplimiento de las normas de DIH relativas a la infancia. Más aún, es importante señalar que ninguna disposición de derechos humanos relativa a los niños contempla la posibilidad de derogación de las protecciones a ellos previstas, así como tampoco lo hacen las cláusulas de exclusión contenidas en

¹³² Pérez González. *Las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*. Cursos Euromediterráneos. Bancaja de Derecho Internacional. Aranzadi, 1997. P 367.

¹³³ Hernández, op. cit. P 163.

¹³⁴ Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Artículo 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos y el Artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹³⁵ Álvaro Amaya y Javier Rodríguez. *El Núcleo Duro de los Derechos Humanos: Práctica Jurídica en Colombia 1991-2004*. Tesis Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2004. P 10-13.

¹³⁶ Hernández, op. cit. P 164.

¹³⁷ Idem.

instrumentos internacionales, lo que las convierten en disposiciones pertenecientes al núcleo duro de derechos. Todo ello, sumado al principio del *interés superior del niño*¹³⁸, resulta en la aplicación del DIH y del DIH a las situaciones relativas a los niños en conflictos armados.

1.5.1.3 Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Después de la expedición de los Protocolos Adicionales de Ginebra, el desarrollo de la legislación que regula la participación de los niños en conflictos armados ha venido principalmente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como resultado de la creciente intervención de la Organización de las Naciones Unidas en el tema. El primer instrumento internacional de derechos humanos en tratar el reclutamiento de niños en tiempos de guerra fue la Convención de los Derechos del Niño de 1989¹³⁹. Sin embargo, existió insatisfacción por parte de algunos estados debido al limitado alcance de sus disposiciones y, por ello, se expidió con posterioridad el Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de los Niños en Conflictos Armados de 2000. El tema ha sido abordado también por algunos otros instrumentos de carácter general y regional¹⁴⁰.

1.5.1.3.1 Convención sobre los Derechos del Niño

El artículo primero de este tratado define al niño en los siguientes términos:

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Mientras que el Art. 38, única disposición relativa a la participación de los niños en conflictos armados, establece:

¹³⁸ El Interés superior del niño significa la satisfacción integral de todos sus derechos y la preponderancia (aunque no absoluta) de los mismos, sobre los derechos de terceros. Ver más acerca del *interés superior del niño* en el Capítulo III.

¹³⁹ La Convención de los Derechos del Niño fue ratificada por el Ecuador el 23 de marzo de 1990 y publicada en el Registro Oficial RO Suplemento No. 153 del 25 de Noviembre del 2005.

¹⁴⁰ Happold, op. cit. P 71.

(...) 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Por lo tanto, entendiéndose como niño a toda persona menor de 18 años, llama la atención que el artículo 38 haya utilizado un umbral diferente -15 años- para el ámbito de la participación en conflictos armados. Es así que, contrario a lo esperado, este artículo no representó un avance significativo con respecto al Art. 77.2 del PAI e, incluso, constituye un retroceso con respecto al Art. 4.3 del PAII, al recurrir una vez más a terminología ambigua, en vez de establecer una obligación imperativa sobre los Estados¹⁴¹. Sin embargo, la propia convención en el Art. 38.1 y en el Art. 41¹⁴², indica que nada de lo dispuesto en ella afectará a las disposiciones que sean más favorables para el niño y que estén recogidas en otros instrumentos. Lo que significa que, por ejemplo, en el caso de un conflicto armado interno, se aplicarán las disposiciones del PAII, por ser más favorables que las contenidas en esta Convención.

En cambio, lo que constituye un aporte significativo por parte de la Convención es que, en contraste con los Protocolos Adicionales, “the Convention on the Rights of the Child has been very widely ratified. Indeed it is the multilateral human rights treaty with the greatest number of parties”¹⁴³. Por lo tanto, incluso los Estados que no hayan ratificado los tratados

¹⁴¹ Cohn y Goodwin, op. cit. P 69.

¹⁴² Art. 41. *Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:*

a) *El derecho de un Estado Parte; o*

b) *El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.*

¹⁴³ Happold, op. cit. P 74.

de DIH, estarán obligados a impedir el reclutamiento de niños, si son signatarios de la presente Convención.

1.5.1.3.2 Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados

Poco después de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño, se evidenció la necesidad de reforzar la protección prevista en el Art. 38 para los niños en tiempos de conflicto armado. Por ello, el Comité de los Derechos del Niño durante su segundo periodo de sesiones en 1994, aprobó la elaboración de un proyecto preliminar de Protocolo Facultativo a la Convención que trate acerca de la participación de estos en conflictos armados. Este protocolo pretendió remediar algunas de las falencias percibidas en la Convención, especialmente en lo referente a la edad mínima para el reclutamiento. El instrumento fue finalmente aprobado en el año 2000 y, aunque no representó el avance esperado, constituye la norma que hasta el momento presenta la más amplia protección de los niños en tiempos de guerra¹⁴⁴. El núcleo de este Protocolo se encuentra, principalmente, en los primeros cuatro artículos¹⁴⁵.

El primer numeral (Art. 1) establece:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades.

Aunque esta disposición implica un avance positivo en el tema, no representó el aporte que se esperaba. “On the one hand, the Optional Protocol (OP) reflects an incremental move, in that the language *all feasible measures* does not plainly read as imperative. On the other hand, the OP has been interpreted as *elevating the minimum age for combat participation to 18*”¹⁴⁶. El problema de esta disposición, sin embargo, radica en que no prohíbe la participación de niños en conflictos armados: estos pueden seguir siendo utilizados, como lo establecían el PAI y la Convención de los Derechos del Niño, en un sinnúmero de roles que pueden poner en riesgo su integridad, pero que no constituyen *participación directa*.

¹⁴⁴ Este Protocolo Facultativo fue ratificado por el Ecuador el 7 de junio de 2004 y publicado en el Registro Oficial RO Suplemento No. 153 del 25 de noviembre del 2005.

¹⁴⁵ Ibid, P 77.

¹⁴⁶ Drumbl, op. cit. P 137.

Las disposiciones de las Convenciones y tratados internacionales tienden a pensar que existe una gran diferencia entre la participación directa y la indirecta, y que establecer una prohibición con respecto a la primera, basta para precautelar la integridad de los menores de edad; sin embargo, es evidente que todo tipo de intervención en un conflicto armado, constituye una violación clara a los derechos de los niños y los coloca en situaciones de peligro. Por lo tanto, debería estar incondicionalmente vedada.

El artículo 2, por su parte, contiene una prohibición absoluta: *Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años.* Mientras que, con respecto al enrolamiento voluntario, el Art. 3 permite que las fuerzas armadas de los Estados recluten a niños de dieciséis o diecisiete años (de acuerdo a su legislación nacional) en sus filas, siempre que su decisión sea auténticamente voluntaria, que cuente con el consentimiento informado de ellos y de sus padres, y que presente una prueba fiable de su edad¹⁴⁷.

El Art. 4 del Protocolo es mucho más enérgico en el caso del reclutamiento por parte de grupos armados, señalando que estos *no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años*, y obligando a los Estados a que tomen todas las medidas posibles para criminalizar esta práctica. Este artículo, que establece un régimen mucho más severo que el impuesto a los Estados en lo referente a las fuerzas armadas, representa un gran avance al referirse tanto a la participación directa e indirecta, como al reclutamiento forzoso y voluntario. Sin embargo, este doble estándar puede en la práctica representar un problema, ya que los grupos armados irregulares difícilmente van a acatar una norma que los coloca en desventaja frente a los Estados¹⁴⁸, razón por la que deberían aumentar los mecanismos de control.

1.5.1.3.3 Otros Instrumentos de Derechos Humanos

¹⁴⁷ A pesar de la posibilidad que ofrece esta disposición, más de dos tercios de los Estados que han ratificado este protocolo han decidido elevar la edad mínima de reclutamiento voluntario a 18 años. Drumbl, op. cit. P 137.

¹⁴⁸ Arellano, op. cit. P 164.

El Convenio 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación de la Organización Internacional del Trabajo de 1999¹⁴⁹, define a un niño como “todo menor de 18 años”¹⁵⁰ e incluye al “reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados” como “una forma de esclavitud o práctica análoga a la esclavitud”¹⁵¹, obligando a los Estados a que “adopten medidas inmediatas y eficaces para conseguir (su) prohibición y la eliminación”¹⁵². Este Convenio constituye el primer instrumento internacional general de carácter convencional que fija en 18 años la edad mínima para el reclutamiento forzoso, sin excepciones.

Adicionalmente, la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990¹⁵³, la Declaración de Maputo sobre la Utilización de Niños como Soldados de 1999, la Declaración de Montevideo sobre la Utilización de Niños como Soldados de 1999 y la Declaración de Katmandú sobre la Utilización de Niños como Soldados de 2000, son instrumentos internacionales de carácter regional, a través de los cuales los gobiernos pertenecientes a una misma zona acordaron establecer normas que elevarán el estándar de protección de sus niños frente a los conflictos armados¹⁵⁴. Desgraciadamente, ninguno de estos instrumentos es totalmente vinculante y, por lo tanto, sus disposiciones no obligan a los Estados a modificar sus conductas. Estos instrumentos contienen declaraciones de *buena fe* que, con el paso del tiempo, podrían llegar a transformarse en tratados o en costumbre internacional, pero que por ahora, solo establecen principios que los Estados están moralmente constreñidos a seguir en su calidad de miembros de la comunidad internacional¹⁵⁵.

¹⁴⁹ El Convenio 182 fue ratificado por el Ecuador el 19 de septiembre del 2000 y publicado en el Registro Oficial RO No.366 del 29 de junio del 2004.

¹⁵⁰ Art. 2 Convenio 182.

¹⁵¹ Art. 3 Convenio 182.

¹⁵² Art. 1 Convenio 182.

¹⁵³ Aunque sea un tratado de carácter regional, es importante señalar que es el único instrumento que prohíbe efectivamente todo tipo de participación de niños menores de 18 años en conflictos armados.

¹⁵⁴ Arellano, op. cit. P 157.

¹⁵⁵ Roberto Andorno. *The Invaluable Role of Soft Law in the Development of Universal Norms in Bioethics*. <http://www.unesco.de/1507.html> Acceso: 12 de agosto de 2013.

1.5.1.4 Costumbre Internacional

Durante las tres últimas décadas, la costumbre internacional ha desarrollado prácticas que han complementado los varios tratados internacionales referentes al reclutamiento de niños en tiempos de guerra. Así, por ejemplo, de manera general el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario señala en su norma 136: “Children must not be recruited into armed forces or armed groups”¹⁵⁶ y en la norma 137: “Children must not be allowed to participate in hostilities”¹⁵⁷.

La costumbre es una combinación entre *state practice* y *opinio iuris*¹⁵⁸. Por un lado, de acuerdo con reportes realizados por la Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados, la práctica de los estados revela una tendencia a establecer 18 años como la edad mínima para el reclutamiento, al menos dentro de sus legislaciones¹⁵⁹. Sin embargo, el grupo de países que continúan reclutando a menores entre 15 y 18 años, “includes a number of states with significant regional or global military capacities and contains representatives of all regions of the world and of both developing and developed countries”¹⁶⁰ y, por lo tanto, sería difícil afirmar que exista un *consenso* a nivel mundial que establezca una edad mínima de reclutamiento que sea superior a 15 o 16 años. Con respecto al *opinio iuris*, por otro lado, se puede señalar que, siendo el Art. 77.2 del PAI considerada una norma *fons et origo* del derecho internacional¹⁶¹ y tomando en cuenta la ratificación universal del Art. 38 de la Convención de los Derechos del Niño, efectivamente la práctica de los Estados ha respondido a su convicción de que existía una obligación legal que los vinculaba¹⁶². Consecuentemente, es claro que existe una norma dentro de la costumbre internacional que prohíbe el reclutamiento de niños menores de 15 años en conflictos armados. Es más, incluso se puede decir que el reclutamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas

¹⁵⁶ Henckaerts y Doswald-Beck. *Customary International Humanitarian Law*. ICRC. Volume 1: Rules. Cambridge 2009. Rule 136.

¹⁵⁷ Idem, Rule 137.

¹⁵⁸ Shaw, op. cit. P 148.

¹⁵⁹ Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados. Informe Global 2001; y Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados. *Child Soldier Use 2003: a Briefing for the 4th Security Council Open Debate on Children and Armed Conflict*. (2003).

¹⁶⁰ Happold, op. cit. P 88.

¹⁶¹ Ibid, P 90.

¹⁶² Ibid, P 94.

armadas es considerado por la costumbre internacional, además, como un crimen de guerra¹⁶³.

1.5.2 Legislación Ecuatoriana

El Ecuador, además de haber incorporado a su legislación interna los instrumentos internacionales mencionados en el título anterior y haberlos determinado como de aplicabilidad directa¹⁶⁴, ha establecido disposiciones propias relativas a la prohibición del reclutamiento de niños en conflictos armados, en un intento por contribuir a combatir dicha problemática.

La Constitución, norma fundamental del sistema legal ecuatoriano, establece a los niños, niñas y adolescentes como grupo de atención prioritaria¹⁶⁵ y señala una serie de medidas especiales a tomarse en su favor. El Art. 44 explica que el Estado, la comunidad y la familia deberán promover de forma prioritaria su desarrollo integral y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos; adicionalmente, este artículo indica que los derechos de los menores de 18 años prevalecerán sobre los de las demás personas y que el interés superior del niño prevalecerá en todas las instancias¹⁶⁶.

De manera un poco más específica al tema que nos ocupa, el Art. 46 de dicho cuerpo normativo indica:

El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: (...)

2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y

¹⁶³SCSL.*Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*, Case No.SCSL-2004-14-AR729E (Appeals Chamber) 31 de mayo de 2004; and *Letter from the President of the Security Council to the Secretary General of the UN* December 22, 2000.UN Doc. S/2000/1234.

¹⁶⁴ Art. 417 de la Constitución del Ecuador.

¹⁶⁵ Art. 35 de la Constitución del Ecuador.

¹⁶⁶ Art. 44 de la Constitución del Ecuador.

respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral. (...)

6. Atención prioritaria en caso de desastres, **conflictos armados** y todo tipo de emergencias.

A partir de este marco constitucional de protección infantil, se han desarrollado varias disposiciones específicas en pro de salvaguardar los derechos de los niños en tiempos de conflicto armado, especialmente protegiéndolos en contra del reclutamiento por parte de fuerzas o grupos armados.

El Código del Trabajo, por su parte, prohíbe explícitamente el reclutamiento forzoso/obligatorio de niños en conflictos armados. El Art. 138 manifiesta:

Se prohíbe ocupar a mujeres y varones menores de dieciocho años en industrias o tareas que sean consideradas como peligrosas e insalubres (...).

Se prohíbe las siguientes formas de trabajo:

1. Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, **incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados** (...).

Al igual que en lo señalado por el Convenio 182 de la OIT, el reclutamiento (no voluntario) se constituye en el Ecuador como una forma de esclavitud, debido a la flagrante violación a la libertad que ello representa, a las nefastas consecuencias que dicha actividad puede tener sobre la integridad de un niño menor de edad y, más aún, por el peligro que representa para su vida en general.

Por otro lado, el Código de la Niñez y la Adolescencia, en busca de ofrecer una mayor protección a los derechos de los niños, se pronunció de manera más firme y estableció una prohibición absoluta de todo tipo de reclutamiento y participación. El Art. 57 se refiere al derecho de los niños a la protección especial en casos de desastres y conflictos armados, y señala que:

Esta protección se expresará, entre otras medidas, en la provisión prioritaria de medios de evacuación de las zonas afectadas, alojamiento, alimentación, atención médica y medicinas. El Estado garantiza el respeto irrestricto de las normas del derecho internacional humanitario en favor de los niños, niñas y adolescentes a los que se refiere este artículo; y asegurará los recursos, medios y mecanismos para que se reintegren a la vida social con la plenitud de sus derechos y deberes. **Se prohíbe reclutar o permitir la participación directa de niños, niñas y adolescentes en hostilidades armadas internas e internacionales.**

Al haber establecido una prohibición dirigida a “reclutar o permitir la participación”, acertadamente se incluyeron todas las formas de reclutamiento: obligatorio, forzoso y voluntario. No obstante, la falencia de esta disposición es que, al igual que en muchos de los artículos contenidos en instrumentos internacionales, la prohibición está dirigida únicamente a la participación *directa* de los niños, dejando abierta la puerta para que participen de manera indirecta. Ello se ve reforzado por el empleo del término “hostilidades” en vez del genérico “conflicto”, lo cual, aparentemente, permitiría el involucramiento de niños en el conflicto armado en general, siempre que no participen en el combate.

De cualquier manera, vale resaltar que el Ecuador ha cumplido su obligación internacional de implementar las disposiciones contenidas en instrumentos de derechos humanos y, más aún, ha establecido su prohibición en 18 años -sin prever excepciones de edad-, elevando el estándar de protección ofrecido a los niños, niñas y adolescentes.

1.6 Conclusión

El fenómeno de los niños soldados ha marcado a los conflictos armados desde hace varios siglos atrás y, finalmente, despertó el interés de la comunidad internacional a mediados del siglo XX. Con la expedición de los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra de 1977 y la Convención de los Derechos del Niño de 1989, la comunidad internacional se arriesgó por fin, aunque sea de manera ambigua, a prohibir la participación de niños menores de 15 años en conflictos armados. Más tarde, el Protocolo

Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados del año 2000, decidió elevar el umbral de protección y prohibir a los Estados reclutar niños menores de 18 años, estableciendo como única excepción el alistamiento de niños de 16 y 17 años quienes incluso, de ser enlistados, no podrían tomar parte en las hostilidades.

Estas iniciativas de tratados internacionales constituyeron, definitivamente, un paso en la dirección correcta para conseguir la reducción de la participación de niños en hostilidades. Sin embargo, es lamentable que ninguna de ellas haya establecido una prohibición rotunda y absoluta a la participación de todo niño soldado menor de 18 años en conflictos armados, y que todos los instrumentos mencionados hayan dejado alguna posibilidad, aunque sea pequeña, de que los menores puedan ser enlistados. Es cierto que realidades como esta no se pueden cambiar únicamente con leyes y prohibiciones, pero un fenómeno tan alarmante como el de los niños soldados y de tan difícil control por parte de las Organizaciones Internacionales y de los propios estados, requiere, antes que nada, un marco jurídico que elimine cualquier respaldo legal del hecho y que permita crear estrategias de prevención. Un marco jurídico internacional sólido obligaría a los Estados a redoblar esfuerzos, expedir leyes nacionales acordes a los estándares internacionales, modificar su *state practice* y tomar no solo las medidas *posibles*, sino todas las *necesarias* para asegurar que los derechos de los niños no sean atropellados en tiempos de guerra.

CAPÍTULO II: EL CRIMEN DE RECLUTAMIENTO, ALISTAMIENTO Y UTILIZACIÓN ACTIVA DE NIÑOS MENORES DE 15 AÑOS EN CONFLICTOS ARMADOS

“El medio social que se descuida de sus niños no tiene futuro. El medio social que se descuida de sus ancianos no tiene pasado. Y solo contar con el presente fugaz no es más que una mera ilusión.”

Antonio Augusto Cançado Trindade¹⁶⁷

2.1 Derecho Penal Internacional: Tipificación de la conducta como crimen de guerra.

Los conflictos armados producen un extenso impacto en los niños, afectando intelectual, social, biológica y económicamente su desarrollo. De acuerdo con un informe de las Naciones Unidas, “children are among the principal victims of war (...). In the last decade, an estimated 2 million children have died and 6 million have been wounded as a direct result of armed conflict”¹⁶⁸. Una de las principales amenazas de la infancia en tiempos de conflicto armado, como ya se estableció en el capítulo anterior, es el reclutamiento en grupos o fuerzas armadas¹⁶⁹. El Derecho Internacional Humanitario, junto con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se ha ocupado de establecer un marco jurídico que prohíba la participación de niños en conflictos armados. El Derecho Penal Internacional, por su parte, se ha encargado de establecer sanciones para aquellos que, forzosa o voluntariamente, recluten menores de 15 años en sus filas y violen las normas mencionadas.

Los Artículos 8.2.b.xxvi y 8.2.e.vii. del Estatuto de Roma introdujeron una nueva categoría de crímenes de guerra, tipificando la conducta del *reclutamiento de niños dentro de un conflicto armado* como un crimen internacional. De acuerdo a dicho instrumento, este

¹⁶⁷ Voto concurrente del Juez Augusto Cançado Trindade en la Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte IDH acerca de la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. 28 de agosto de 2002. Par 5.

¹⁶⁸ Noelle Quéniwet and Shilan Shah-Davis. *International Law and Armed Conflict. Challenges in the 21st century*. TMC Asser Press. Netherlands, 2010. P246.

¹⁶⁹ Idem.

crimen puede ser cometido en el contexto de un conflicto armado internacional o en el de uno no internacional, y en ambos casos dicha conducta es sancionable por la Corte Penal Internacional:

8.2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente¹⁷⁰ en las hostilidades;

(...)

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;¹⁷¹

Adicionalmente, en el documento *Elementos de los Crímenes*, guía interpretativa aprobada por la Corte Penal Internacional en cumplimiento del Art. 9 del Estatuto de Roma, se han establecido ciertos parámetros necesarios para verificar el cometimiento de los mismos. Para el caso de los crímenes relativos al reclutamiento de niños, el documento señala como requisitos:

“1. Que el autor haya reclutado o alistado a una o más personas en las fuerzas armadas nacionales o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.

2. Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.

¹⁷⁰ Algunos autores sostienen que el haber incluido el término “participar activamente”, representa un avance con respecto a lo establecido en tratados internacionales anteriores que se referían a la “participación directa”. La participación activa, como ya se explicó anteriormente, implica no solo la participación en combate sino también a las actividades relacionadas con el mismo. Ver Subtítulo 1.4.

¹⁷¹ Es importante notar que en la versión en inglés del Estatuto de Roma, no se utiliza el término “recruitment” (reclutamiento), sino “conscription” (conscripción), debido a que se considera al primero como el género y a la conscripción y alistamiento como las especies, refiriéndose al reclutamiento forzoso y voluntario respectivamente.

3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional (o interno, respectivamente) y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”¹⁷².

Así, el crimen de reclutamiento, alistamiento o utilización de niños en conflictos armados puede ser cometido en el contexto de un CAI o en el de un CANI, pero ciertamente debe probarse que existe un vínculo consciente entre la conducta y las “circunstancias de hecho que establecían la existencia del conflicto armado” en desarrollo¹⁷³. En ese sentido, no es necesario, que la Fiscalía de la CPI pruebe el conocimiento del acusado acerca de la existencia del conflicto *per se*¹⁷⁴. Además, de acuerdo con la mencionada guía, “the offence is committed even if only one child under 15 years of age is recruited or used to participate actively in hostilities. There is no need to show the existence of any policy to recruit or use such individuals”¹⁷⁵.

Adicionalmente, la sentencia del caso Lubanga determina claramente que los crímenes de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños en conflictos armados, constituyen tres ofensas distintas: “(On the one hand) The offences of conscripting and enlisting are committed at the moment a child under the age of 15 is enrolled into or joins an armed force or group, with or without compulsion. (...) On the other hand, a child can be “used” for the purposes of the Statute without evidence being provided as regards his or her earlier “conscripting” or “enlistment” into the relevant armed force or group. (Therefore), although it may often be the case that the purpose behind conscription and enlistment is to use children in hostilities, this is not a requirement of the Rome Statute”¹⁷⁶. Al ser tres ofensas independientes, no es necesario que se hayan cometido todas ellas para que se configure la responsabilidad internacional; el cometimiento de una de ellas es suficiente.

¹⁷² CPI. *La Corte Penal Internacional: Elementos de los Crímenes*. U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2. 2000. P 38.

¹⁷³ ICC. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. op. cit. Par. 571.

¹⁷⁴ Ibid, Par. 1016.

¹⁷⁵ Happold, op. cit. P 140.

¹⁷⁶ ICC. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. op. cit. Par. 609, 618, 620.

Este crimen de guerra no estuvo directamente incorporado en el estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ni en el del Tribunal Penal Internacional para Ruanda¹⁷⁷. Sin embargo, sí lo fue en el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona el cual señalaba:

Art. 4. El Tribunal Especial tendrá competencia para juzgar a individuos que hayan cometido alguna de las siguientes violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario:

-Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

Vale señalar, igualmente, que la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona afirmó que “the conscription, enlistment and use to participate actively in hostilities of children under 15, was a crime under customary international law attracting individual criminal responsibility since, at least, 1996”¹⁷⁸; es decir, incluso antes de que esta conducta fuera convencionalmente considerada como un crimen, la costumbre ya la había considerado como tal, desde años atrás.

Por último vale indicar que, paralelamente en el marco del DIH, las Convenciones de Ginebra junto con sus Protocolos, establecen aquellas conductas que deben ser consideradas como *infracciones graves*¹⁷⁹ a sus disposiciones, e imponen sobre los Estados la obligación de tipificarlas y reprimirlas¹⁸⁰. Estas infracciones graves son consideradas también como crímenes de guerra¹⁸¹. Sin embargo, el reclutamiento de niños no está considerado dentro de esta categoría.

¹⁷⁷ Este tribunal fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el 8 de noviembre de 1994, con el fin de perseguir y juzgar a los violadores del derecho internacional humanitario en el desarrollo del conflicto ruandés, entre el 1ro de enero y el 31 de diciembre de 1994. A partir de la muerte del Presidente de Ruanda, se desató una ola de violencia entre las comunidades étnicas de los Hutus y los Tutsis quienes, en una búsqueda por mostrar supremacía sobre la etnia contraria y erradicarla, inician sus enfrentamientos. Durante el desarrollo de este conflicto murieron alrededor de 800.000 ruandeses de origen tutsi. Hernán Orozco. *El Genocidio de Ruanda: Introducción al conflicto*. Huellas de la Historia. http://www.huellasdelahistoria.com/foto_noti/genocidioruanda_uno.pdf Acceso: 3 de septiembre de 2013.

¹⁷⁸ SCSL. *Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)*, Hinga Norman. SCSL-2004-14-AR72, 31 de Mayo 2004.

¹⁷⁹ Art. 50 CGI; Art. 51 CGII; Art. 130 CGIII; Art. 147 CGIV; Art. 85 PAI.

¹⁸⁰ Art. 49 CGI; Art. 50 CGII; Art. 129 CGIII; Art. 146 CGIV.

¹⁸¹ Art. 85.5 PAI.

2.2 Jurisdicción y Responsabilidad por el crimen

2.2.1 Responsabilidad Individual

La responsabilidad penal individual puede definirse como la obligación que tiene una persona natural de responder penalmente por sus actos, es decir, la imputación de una infracción penal a una persona determinada¹⁸². La responsabilidad individual por crímenes penales internacionales supone el cumplimiento de dos condiciones previas: el umbral de gravedad del delito¹⁸³ y la verificación de los elementos constitutivos del crimen, mencionados en párrafos anteriores¹⁸⁴. Cuando la conducta de un individuo se ha adecuado al crimen de *reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas armadas, o utilización (de los mismos) para participar activamente en hostilidades*¹⁸⁵, este será responsable individualmente por sus actos y la posibilidad de enjuiciamiento será imprescriptible¹⁸⁶. Dicho individuo podrá ser juzgado por los tribunales nacionales del Estado que decida reprimirlo o, caso contrario, por la Corte Penal Internacional. La CPI tiene jurisdicción complementaria a la de los Estados¹⁸⁷.

2.2.1.1 Principio de Jurisdicción Universal: Cortes Nacionales

Un Estado está, de manera general, facultado para ejercer su jurisdicción dentro de su territorio¹⁸⁸. Sin embargo, el derecho internacional reconoce que, en ciertas circunstancias, un Estado debe ejercerla de manera extraterritorial. La jurisdicción universal se refiere a “the assertion of jurisdiction over offences regardless of the place where they

¹⁸² Rosmerlin Estupiñán. *Principios que rigen la responsabilidad internacional por crímenes internacionales*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Vol XII, 2012, PP133-173. UNAM. México, 2012. P 135.

¹⁸³ Art. 1 del Estatuto de Roma

¹⁸⁴ Estupiñán, op. cit. P 136.

¹⁸⁵ Arts. 8.2.b.xxvi y 8.2.e.vii. Estatuto de Roma.

¹⁸⁶ Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968.

¹⁸⁷ Este principio está definido como “functional principle aimed at granting jurisdiction to a subsidiary body when the main body fails to exercise its primacy jurisdiction.” Requiere que los dos sistemas de justicia, Nacional e Internacional, funcionen simultáneamente, de manera que si el primero no puede encargarse del juzgamiento como le corresponde, la Corte Penal Internacional interviene y asegura que el criminal no quede impune. Asimismo, de acuerdo con Xavier Philippe, “The principle of complementarity is based on a compromise between respect for the principle of state sovereignty and respect for the principle of universal jurisdiction.” Xavier Philippe. *The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?*. International Review of the Red Cross. Volume 88 Number 862(June 2006). Geneva, 2006.P 380.

¹⁸⁸ Yee S. *Universal Jurisdiction: Concept, Logic and reality*. Chinese Journal of International Law 10 (3), September, 2011. P 520-530.

were committed or the nationality of the perpetrator. It is held to apply to a range of offences whose repression by all States is justified, or required, as a matter of international public policy”¹⁸⁹. Históricamente, el primer caso en el que se aplicó el principio de jurisdicción universal fue el de Augusto Pinochet¹⁹⁰. Entre 1973 y 1990, Pinochet lideró una dictadura militar en Chile que estuvo marcada por violaciones a los derechos humanos, torturas y desapariciones forzadas. En 1998, mientras Pinochet se encontraba en Londres, España emitió una acusación y orden de captura en su contra por el cometimiento de crímenes de genocidio, terrorismo y tortura en Chile¹⁹¹. Consecuentemente, el tribunal español solicitó a Inglaterra la extradición del ex mandatario chileno, a lo que el gobierno británico, a pesar de reconocer la jurisdicción española, tuvo que negarse en virtud de la frágil condición de salud de Pinochet y con ello, impidió el procesamiento judicial. De cualquier manera, la competencia de la jurisdicción española en este caso fue declarada en virtud del *principio de jurisdicción universal* y fue reconocida por la comunidad internacional, convirtiendo a este en uno de los casos insignia de esta institución¹⁹².

Con respecto a dicho principio, las Convenciones y Protocolos de Ginebra señalan:

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación,

¹⁸⁹ ICRC-Advisory Service of IHL. *National Enforcement of International Humanitarian Law: Information Kit*. Gineve, ICRC, 2004. P 6.

¹⁹⁰ Amnistía Internacional. *El Caso Pinochet*. <http://www.es.amnesty.org/campanas/justicia-internacional/jurisdiccion-universal/el-caso-pinochet/>. Acceso: 29 de agosto de 2013.

¹⁹¹ Auto del Juzgado Central de Instrucción Nº5 (España) por el que se procesa a Augusto Pinochet por delitos de genocidio, terrorismo y torturas. 10 de diciembre de 1998. [http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/1998-12-10-JCI5-\(Pinochet\)-Auto-Procesamiento-Pinochet.htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/1998-12-10-JCI5-(Pinochet)-Auto-Procesamiento-Pinochet.htm). Acceso: 29 de agosto de 2013.

¹⁹² Amnistía Internacional. *El caso Pinochet*. op. cit.

entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes (...)”¹⁹³.

Las Convenciones de Ginebra, en virtud del principio de Jurisdicción Universal, mandan a los Estados a juzgar a los individuos que han cometido infracciones graves¹⁹⁴, o a establecer los procedimientos legales necesarios para poder extraditarlos. No obstante, dado que la extradición puede no ser una opción en algunos casos, los Estados deben tener los medios necesarios para poder juzgarlos bajo sus propias legislaciones, sin importar su nacionalidad o el lugar del cometimiento del crimen¹⁹⁵. De esta manera todos los Estados, en su calidad de miembros de la comunidad internacional, están obligados a intervenir en el juzgamiento de los crímenes de trascendencia universal y a contribuir, de manera determinante, en la prevención de la impunidad¹⁹⁶.

No obstante, el caso específico del crimen de reclutamiento de niños, como ya se mencionó, no está considerado como una *infracción grave* dentro de las Convenciones de Ginebra -lo que indicaría, técnicamente, que el principio de jurisdicción universal no aplica en este caso. Sin embargo, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha señalado que, aunque hay quienes sostienen que el principio de jurisdicción universal se extiende a todos los como crímenes de guerra, no existe evidencia de que la costumbre internacional obligue a los Estados a ejercer dicha jurisdicción¹⁹⁷. Por lo tanto, con relación a los crímenes de guerra que no sean considerados como infracciones graves a los Convenios de Ginebra, los

¹⁹³ Art. 49 CGI; Art.50 CGII; Art.129 CGIII; Art.146 CGIV.

¹⁹⁴ Los Estados incluso pueden instituir procedimientos para juzgar a personas que se encuentren fuera de su territorio.

¹⁹⁵ Hortensia D.T. Gutiérrez Posse. *La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario - los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio – la responsabilidad penal individual*. ICRC. <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdpfn.htm#2> Acceso: 12 de agosto de 2013.

¹⁹⁶ La Impunidad ha sido definida por la ONU como “La inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas.” *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, promulgado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 8 de febrero de 2005.

¹⁹⁷ ICRC-Advisory Service of IHL. *National Enforcement of... op. cit.* P 6.

Estados pueden decidir ejercer o no *jurisdicción universal* (permissive universal jurisdiction)¹⁹⁸.

El otorgar a los Estados la *posibilidad* de escoger si ejercen o no jurisdicción universal en el caso de crímenes de guerra que no sean considerados como infracciones graves, sin embargo, hace aparecer como que dichas violaciones fueran de menos trascendencia para la comunidad internacional, que aquellas consideradas como tales. Es desafortunado que el crimen de reclutamiento de niños menores de 15 años, una de las prácticas más atroces dentro de la conducción de hostilidades, no esté considerada como una infracción grave y, por lo tanto, no exija que los perpetradores de tal conducta sean enjuiciados en las cortes de todo el mundo. Tal conducta debería estar considerada dentro de esta categoría, no solo por constituir un crimen de guerra, sino porque afecta a uno de los grupos más vulnerables de la población, y sus consecuencias son francamente inhumanas. De cualquier manera, es importante señalar que todos los Estados tienen la obligación de tomar las “oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves (...), los actos contrarios a las disposiciones del Convenio”¹⁹⁹; es decir, a pesar de lo dicho, todas las violaciones a las Convenciones de Ginebra deben ser prevenidas y reprimidas por las legislaciones internas de los Estados, mediante medidas disciplinarias, administrativas o de cualquier tipo²⁰⁰.

2.2.1.2 Jurisdicción de la Corte Penal Internacional

Cuando los Estados, individualmente, han tardado o fallado en su obligación de juzgar penalmente a un criminal de guerra, la competencia para juzgar internacionalmente a un individuo por el cometimiento del crimen en cuestión, recae sobre la Corte Penal Internacional. Esta Corte está “facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas naturales respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, de conformidad con el Estatuto (...)”²⁰¹.

¹⁹⁸ Ibid, P 6.

¹⁹⁹ Art. 49 CGI; Art.50 CGII; Art.129 CGIII; Art.146 CGIV.

²⁰⁰ Jean Pictet. *Commentary on the IV Geneva Convention of 1949.op. cit.*

²⁰¹ Art. 1 Estatuto de Roma.

Cuando un individuo mayor de 18 años ha incurrido de manera consciente y voluntaria²⁰² en una de las conductas tipificadas en los Arts. 8.2.b.xxv1 o 8.2.e.vii. del Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser juzgado por la Corte, siempre y cuando:

- a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
- d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
 - i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
 - ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
- f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo²⁰³.

Si se verifica el cumplimiento de alguno de los presupuestos anteriores y la Corte evidencia el cometimiento del crimen, será competente para juzgarlo y dicho juzgamiento se regirá por los principios de *nullum crimen sine lege*²⁰⁴, *nulla poena sine lege*²⁰⁵, *non bis in ídem*²⁰⁶, principio de inocencia²⁰⁷, imprescriptibilidad²⁰⁸ y debido proceso²⁰⁹. La gravedad

²⁰² Art. 30 Estatuto de Roma.

²⁰³ Art. 25 Estatuto de Roma.

²⁰⁴ Art. 22 Estatuto de Roma.

²⁰⁵ Art. 23 Estatuto de Roma.

²⁰⁶ Art. 20 Estatuto de Roma.

de los actos cometidos por los acusados, no excusa a la CPI de utilizar los más altos estándares de respeto al debido proceso y al desarrollo de un juicio justo. De otra forma, se estarían violando los derechos humanos²¹⁰. Si el propósito principal de la justicia penal internacional es reparar o remediar las violaciones más graves a los derechos humanos, estos mismos derechos deben ser igualmente respetados durante los procesos penales internacionales.

Por otro lado, a diferencia de los crímenes comunes, es necesario recalcar que los crímenes de guerra no aceptan eximentes de responsabilidad como: el ostentar un cargo oficial²¹¹, el haber recibido órdenes de perpetrar el acto en cuestión por parte de un superior²¹², o el haber incurrido en un error de derecho acerca de la ilegalidad de la conducta²¹³. Asimismo, un jefe civil o militar no puede alegar tal condición para eximirse de responsabilidad de los actos cometidos por sus inferiores²¹⁴. Y así también la propia Corte ha expresado que, en el caso específico del crimen de enlistamiento de niños, “the consent of a child to his or her recruitment does not provide an accused with a valid defence”²¹⁵. Los crímenes juzgados por la Corte Penal Internacional son los más atroces de la humanidad y es por ello que las posibilidades de presentar un hecho como eximente de responsabilidad son extremadamente reducidas, ya que el fin último del sistema es *hacer justicia*²¹⁶.

Una vez declarada la responsabilidad del individuo por el crimen del que se le acusa, la Corte le impondrá una sanción de prisión máxima de 30 años²¹⁷, multa y/o decomiso de los

²⁰⁷ Art. 66 Estatuto de Roma; Prosecutor v. Kajelijeli, No. ICTR-98-44A-A, May 23, 2005.

²⁰⁸ Art. 29 Estatuto de Roma.

²⁰⁹ Art. 67 Estatuto de Roma; Prosecutor v. Barayagwiza, ICTR-97-19-AR72, Appeals Chamber Decision, Nov. 3, 1999; Prosecutor v. Nikolic, IT-94-2-PT, Decision on Defense Motion Challenging the Exercise of Jurisdiction, Oct. 9, 2002.

²¹⁰ Yuria Saavedra Alvarez. *Las Garantías del Debido Proceso en el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. UNAM <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/247/art/art16.pdf> Acceso: 13 de agosto de 2013.

²¹¹ Art. 27 Estatuto de Roma.

²¹² Art. 33 Estatuto de Roma.

²¹³ Art. 32 Estatuto de Roma.

²¹⁴ Art. 28 Estatuto de Roma; TPIR, Prosecutor v. Akayesu (ICTR-96-4-T). Trial Chamber I of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 2 September 1998.

²¹⁵ ICC. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. op. cit. Par. 617.

²¹⁶ Yuria Saavedra Alvarez. *Las Garantías del Debido...* op. cit.

²¹⁷ A menos que la imposición de una cadena perpetua se justifique en “la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”. Art. 77 Estatuto de Roma.

bienes provenientes del crimen²¹⁸, según corresponda a los méritos del proceso. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, “la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77”²¹⁹. Esto es lo que sucedió en el caso Lubanga, en que el CPI declaró al acusado culpable de tres crímenes: del crimen de *reclutamiento* de niños y, por tal, lo condenó a 13 años de prisión; culpable del crimen de *alistamiento* de niños y, por tal conducta, lo condenó a 12 años; y culpable del crimen de *utilizar* a niños para participar activamente en las hostilidades, y lo condenó a 14 años. Guiados por el mencionado Art. 78 del Estatuto de Roma, los jueces de la Corte decidieron imponer a Lubanga una pena total de 14 años de prisión²²⁰.

Además de la pena impuesta sobre el acusado, la Corte tiene la potestad de establecer los principios aplicables a la reparación-restitución, indemnización y rehabilitación-y, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, con el objetivo de establecer una reparación integral adecuada²²¹.

2.2.2 Responsabilidad Estatal

El cometimiento de crímenes de guerra no solo genera la responsabilidad individual de los perpetradores materiales, sino que también puede generar la responsabilidad de los Estados de los que estos son dependientes. El fundamento de la responsabilidad estatal reside en la existencia misma de un ordenamiento jurídico internacional y en la necesidad de que los Estados observen y cumplan reglas de conducta en sus relaciones, incurriendo en responsabilidad en los supuestos de incumplimiento²²². La Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva acerca de la Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria,

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ Art. 78 Estatuto de Roma.

²²⁰ ICC. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment verdict. Trial Chamber. July 10th 2012. Par. 98-99.

²²¹ Art. 75 del Estatuto de Roma. Ver reparación integral en punto 2.2.2.2.

²²² Pedro Pablo Camargo. *Tratado de Derecho Internacional*. Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1983. P 479.

Rumania y Hungría, ha señalado claramente que “a refusal to fulfil a treaty obligation involves international responsibility”²²³.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido incluso más enfática al establecer que, consuetudinariamente, un Estado que ha celebrado un convenio internacional, está obligado a “introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”²²⁴; si un Estado incumple esta tarea de implementación o, a pesar de haberla cumplido, violenta lo previsto en el instrumento internacional, se deriva de ello responsabilidad internacional²²⁵.

El Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos²²⁶ señala que un hecho ilícito de un Estado genera su responsabilidad internacional²²⁷, cuando el acto consiste en una acción u omisión que:

- a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado²²⁸.

De acuerdo con los Convenios de Ginebra, los Estados tienen la obligación de respetar y hacer respetar sus disposiciones²²⁹ y, si incumplen tal obligación, no podrán exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido a causa de las infracciones cometidas²³⁰. Cuando un individuo recluta niños menores de 15 años dentro del contexto de un conflicto armado, el Estado -del que este es dependiente- violenta

²²³ ICJ. *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (Second Phase)*. Advisory opinion. 18 July 1950.

²²⁴ Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria, reparaciones*. Sentencia del 27 de agosto de 1998, serie C, num. 39 Par. 68.

²²⁵ Mauricio Iván del Toro Huerta. *La responsabilidad del Estado en el marco del DIDH*. <http://www.fmyv.es/ci/es/DH/14.pdf> Acceso: 13 de agosto de 2013.

²²⁶ Este Proyecto fue aprobado por la Comisión de Derecho Internacional después de 45 años de negociaciones, y no tiene carácter de vinculante por no haber sido aún aprobado por la Asamblea de la ONU. Sin embargo, constituye el intento más importante de regulación de responsabilidad internacional y, por lo tanto, un referente en la materia.

²²⁷ *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*. Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001. Art. 1.

²²⁸ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Art. 2.

²²⁹ Art. 1 común a los Convenios de Ginebra.

²³⁰ Art.51 CGI; Art.52 CGII; Art.131 CGIII; Art.148 CGIV.

el Art. 51 del Convenio IV, el 77.2 del Protocolo Adicional I y el 4.3 del Protocolo Adicional II. Todo ello conlleva infracciones que acarrearán responsabilidad internacional.

Teniendo en cuenta que el Estado actúa a través de individuos o conjunto de individuos, el problema de la atribución al Estado de un acto ilícito internacional, se reduce, básicamente, a la calidad o no de órganos del Estado que ostenten las personas autoras del acto, así como a las condiciones en que tales personas actúan²³¹.

Así, si un miembro de las Fuerzas Armadas Nacionales de un Estado recluta niños menores de 15 años en sus filas, no significará únicamente que aquel individuo deberá responder por su responsabilidad penal internacional, sino también que el propio Estado tendrá responsabilidad internacional por aquel acto. El Art. 7 del Proyecto mencionado contribuye a esta afirmación y estipula que:

“El comportamiento de un órgano del Estado (...) se considerará **hecho del Estado** según el derecho internacional si tal órgano, persona (...) actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones”.

El Estado actúa y se manifiesta a través de sus órganos, por tanto, una falta cometida por uno de sus órganos militares, constituye una falta propia del Estado, al serle imputable a este todos los *actos de Estado*-hechos de quienes actúan por cuenta de él o en calidad de órgano estatal conforme a lo señalado por el derecho interno de cada país²³².

Según el artículo 3 de la Convención de la Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre y el artículo 91 del Protocolo I, no es necesario que el individuo dependiente del Estado esté actuando en condición de tal, sino que dicho Estado “será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas”. La Comisión de Derecho Internacional de la ONU consideró que esta disposición de DIH se constituye como una excepción a la norma general del Proyecto, por la cual los Estados tendrán que asumir la responsabilidad del comportamiento de los

²³¹ Manuel Díez de Velasco. *Instituciones del Derecho Internacional Público*. Tecnos. Madrid, España. 1982. P 488.

²³² Jimena Jofre Santalucía y Paula Ocampo Seferian. *Responsabilidad Internacional del Estado por el incumplimiento de obligaciones internacionales*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2001. P 137.

miembros de sus fuerzas armadas, **incluso cuando éstos actúen a título particular**²³³. Es decir, si el reclutamiento de niños responde a una práctica sistematizada del Estado, es evidente que este tendrá responsabilidad internacional; pero, de la misma manera, si un miembro de las fuerzas armadas recluta menores de 15 años como resultado de una decisión individual, el Estado del que dependa tendrá también responsabilidad internacional. De acuerdo con Marco Sassoli, esto responde a que “los soldados forman parte de una categoría particular de órganos del Estado, sobre la cual éste ejerce un control más estricto que sobre otros funcionarios, (...y, por lo tanto,) siempre están en servicio y nunca actúan en calidad de personas meramente privadas”²³⁴.

Por otro lado, pueden existir casos en que el reclutamiento sea perpetrado por grupos armados distintos a las Fuerzas Armadas Nacionales. Esta situación es imputable a un Estado cuando dicho grupo sea considerado como *agente de facto* de aquel. El artículo 8 del Proyecto señala claramente:

“Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas **actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado** al observar ese comportamiento”.

Consecuentemente, si se determina que el Estado ejerce un control efectivo²³⁵ o un control general²³⁶ (dependiendo del estándar que vaya a utilizar la Corte) sobre las operaciones del grupo armado que ha cometido el crimen de reclutamiento de niños menores de 15 años, ese Estado deberá también responder por su responsabilidad internacional.

Este es el caso también de las compañías privadas de seguridad, que tradicionalmente son contratadas por los Estados para intervenir en los conflictos armados en los que se encuentren involucrados. De acuerdo con el Art. 5 del Proyecto, un Estado es responsable de una persona o entidad privada que esté “facultada por el derecho de ese Estado para

²³³ Eduardo Jimenez de Aréchaga. *El Derecho Internacional contemporáneo*. Tecnos. Madrid, España 1980. P 330.

²³⁴ Marco Sassoli. *State responsibility for violations of international humanitarian law*. International Review of the Red Cross. Volume 84 Number 846 (June 2002). Geneva, 2002. P 412.

²³⁵ CIJ. *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de ésta (Nicaragua c. Estados Unidos)*. Merits, Informes de la CIJ, 1986. Par. 115.

²³⁶ ICTY. *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, op. cit. Par. 116-144.

ejercer atribuciones del poder público”. De acuerdo con el CICR, “it is clear that when states hire private companies, they remain responsible for meeting their obligations under the law. A failure by the company to fulfill the states’ obligations will not absolve the latter of their responsibility for meeting the standards in the relevant treaties”²³⁷ y, por lo tanto, los crímenes cometidos por dichas empresas son también responsabilidad de los Estados contratantes²³⁸.

Finalmente, vale señalar también que dentro de su jurisdicción territorial, el Estado tiene el deber de proteger los derechos de sus ciudadanos y prevenir la ocurrencia de actos ilícitos²³⁹. El incumplimiento de su obligación de prevención acarrea su responsabilidad internacional²⁴⁰, especialmente tomando en cuenta la obligación de *adoptar todas las medidas necesarias para impedir las violaciones al DIH*, impuesta sobre los Estados por las Convenciones de Ginebra²⁴¹.

Está claro que, a pesar de que el reclutamiento de niños menores de 15 años en conflictos armados es una violación que requiere el acto de un solo individuo o de un grupo de individuos, las circunstancias que lo rodean pueden generar, también, responsabilidad al Estado del que dependan tales sujetos. Si tal violación puede ser atribuible a él de acuerdo con las reglas mencionadas, los Estados pueden ser juzgados en Cortes Internacionales.

2.2.2.1 Jurisdicción

La Responsabilidad Internacional del Estado puede llevarse ante la Corte Internacional de Justicia, por el(los) Estado(s) afectados por el acto en cuestión²⁴². Según el artículo 42 del Proyecto, "Un Estado tendrá derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado, si la obligación violada existe con relación a ese Estado individualmente o con relación a un grupo de Estados del que ese forme parte". No es necesario, sin embargo, que dicha lesión sea directa; es decir, si un Estado considera que la obligación violada es para con la comunidad internacional en su conjunto, está facultado

²³⁷ Emanuela-Chiara Gillard. *Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law*. International Review of the Red Cross. Volume 88 Number 863. September, 2006. P 549.

²³⁸ Sassoli, op. cit. P 410.

²³⁹ Camargo, op. cit. P 497.

²⁴⁰ Idem.

²⁴¹ Art. 49 CGI; Art.50 CGII; Art.129 CGIII; Art.146 CGIV.

²⁴² Art. 34 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

para invocar la responsabilidad de otro Estado, como miembro de esta²⁴³. Como evidencia el artículo 1 común a los Convenios de Ginebra, las normas del derecho internacional humanitario pertenecen a esas obligaciones erga omnes. Por lo tanto, “si se viola el derecho internacional humanitario, todo Estado puede (y, según el artículo 1 común, debe) exigir el cese de esa infracción por parte del Estado responsable, así como la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”²⁴⁴.

Vale señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene también jurisdicción para resolver casos presentados por un Estado americano en contra de otro, si es que estos han aceptado recíprocamente la competencia de la Comisión²⁴⁵. Es decir que, para que un Estado pueda demandar a otro Estado ante la Corte, ambos deben haber aceptado previamente la competencia de la Comisión y agotado el procedimiento previsto en ese órgano²⁴⁶. Cabe destacar, sin embargo, que hasta el día de hoy la Corte IDH no ha resuelto ningún caso de estas características²⁴⁷.

Finalmente, cuando el actor es un individuo o grupo de individuos que pretenden que se determine la responsabilidad de un Estado por violación a sus derechos, la jurisdicción de tales casos recae sobre los Tribunales internos de cada Estado o, en su defecto, sobre los

²⁴³ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Art. 48.1.

²⁴⁴ Sassoli, op. cit. P 415; ICJ. Basis of the Court's Jurisdiction.

<http://www.icjij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=2>. Acceso: 13 de agosto de 2013.

²⁴⁵ Art. 44 y Art. 45 de la Convención Americana sobre derechos Humanos.

²⁴⁶ Art. 45 de la Convención Americana de Derechos Humanos; Lorena González Volio. *La Competencia de la Corte Interamericana a la Luz de su Jurisprudencia y su Nuevo Reglamento*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_426718980/ArtGonz.DOC?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FBD_426718980%2FArtGonz.DOC. Acceso: 13 de agosto de 2013.

²⁴⁷ Lorena González Volio. *La Competencia de la Corte Interamericana a la Luz de su Jurisprudencia y su Nuevo Reglamento*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_426718980/ArtGonz.DOC?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FBD_426718980%2FArtGonz.DOC. Acceso: 13 de agosto de 2013. Sin embargo, se dio el caso de un Estado que presentó una denuncia en su contra. Efectivamente, Costa Rica intentó someter el Asunto Viviana Gallardo y Otras, directamente ante la Corte, por la muerte de Gallardo y las lesiones sufridas por sus compañeras de celda, y renunció expresamente al procedimiento ante la Comisión. La Corte no admitió para su trámite dicho asunto. Aparte de este caso, solo existen dos casos interestatales que han sido conocidos únicamente por la Comisión, sin que haya llegado ante la Corte (Ecuador vs. Colombia en el 2010 y Nicaragua vs. Costa Rica en el año 2007). Corte IDH. *Asunto Viviana Gallardo y otras vs. Costa Rica*. Resolución No. 13/83. 30 de junio de 1983; CIDH. Informe No. 112/10 Petición Interestatal PI-02 Admisibilidad. *Franklin Guillermo Aisala Molina. Ecuador- Colombia*. 21 de octubre de 2010; y CIDH. Informe N° 11/07. Caso Interestatal 01/06. *Nicaragua vs. Costa Rica*. 8 de marzo de 2007.

Tribunales Internacionales de Derechos Humanos como la Corte Interamericana, la Corte Europea, entre otros.

2.2.2.2 Reparaciones

La consecuencia esencial de la responsabilidad internacional es la obligación de reparar que pesa sobre el Estado responsable²⁴⁸. Si un Estado es encontrado responsable por el cometimiento de alguno de los crímenes en cuestión, de acuerdo a las reglas de la responsabilidad mencionadas, está en la obligación de poner fin al comportamiento ilícito y repararlo íntegramente. La responsabilidad internacional por la violación de una obligación internacional del Estado no tiene carácter penal, por lo tanto, la reparación como efecto de la responsabilidad no tiene carácter punitivo sino compensatorio²⁴⁹.

Esta obligación de reparación puede ser en favor de un individuo o un grupo de individuos, de otro Estado, de un grupo de Estados o, incluso, de la comunidad internacional²⁵⁰. A pesar de que la obligación de pagar indemnizaciones por las violaciones al DIH se interpretó tradicionalmente como una obligación de indemnizar únicamente al Estado lesionado, esta visión fue modificada a partir de que el Comité de Derecho Internacional de la ONU, durante la redacción del Proyecto, concluyó que “such obligations may also exist towards persons or entities other than States, specially in the case of human rights violations and other breaches of international law, where the primary beneficiary of the obligation breached is not a State”²⁵¹.

La reparación a la que está obligado el Estado infractor, está encaminada a anular, en la medida de lo posible, todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que probablemente hubiera existido de no haberse cometido dicho acto²⁵². Esta reparación podrá concretarse en una de las siguientes modalidades: restitución, indemnización o satisfacción²⁵³. Así lo determina el Proyecto:

²⁴⁸ Camargo, op. cit. P 498.

²⁴⁹ Marco Monroy Cabra. *Derecho Internacional Público*. Temis. Bogotá Colombia. P 456.

²⁵⁰ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. Arts. 31-39.

²⁵¹ Citado en Sassoli, op. cit. P. 418.

²⁵² Díez de Velasco, op. cit. P 499.

²⁵³ Idem.

“Artículo 35.- **Restitución**

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

- a) No sea materialmente imposible;
- b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización”²⁵⁴.

La restitución es considerada como la forma ideal de reparación, al procurar el *statu quo ante* del afectado y requiere, siempre que sea posible la plena restitución (*restitutio in integrum*)²⁵⁵. “El propósito de la restitución es establecer la situación que hubiera existido de no haber ocurrido el acto u omisión ilícita, mediante el cumplimiento de una obligación que el Estado dejó de cumplir, la revocación del acto ilícito, la restitución de la propiedad incorrectamente confiscada, la abstención de un acto ulterior, etc”²⁵⁶. En el caso de reclutamiento de niños es inviable la *restitución*, tomando en cuenta que no se puede devolver a la víctima al estado en el que se encontraba antes del cometimiento del crimen, debido a las nefastas y extensas consecuencias de dicha conducta.

“Artículo 36.- **Indemnización**

- 1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.
- 2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado”²⁵⁷.

La indemnización es la forma más común de reparación, dada la frecuente imposibilidad de restablecer las cosas a su estado anterior. Mediante este mecanismo, se pretende compensar en dinero los perjuicios producidos por el hecho internacionalmente ilícito, “incluyendo el

²⁵⁴ Art. 35. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

²⁵⁵ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones) Par. 280.

²⁵⁶ Jiménez de Aréchaga op. cit. P 339.

²⁵⁷ Art. 36. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

pago de lucro cesante, pago de intereses y el resarcimiento de daños extra patrimoniales”²⁵⁸.

“Artículo 37.- **Satisfacción**

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.

2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada. (...)”²⁵⁹.

La satisfacción es entendida como la modalidad de reparación para los perjuicios morales o no patrimoniales, que atentan contra el honor, la dignidad o la personalidad del afectado. “La jurisprudencia internacional ha establecido como posibilidades de satisfacción, la destitución del órgano culpable, el castigo adecuado de la persona privada culpable, disculpas más o menos solemnes, tributo rendido a la bandera o a otro emblema del Estado ofendido, garantías para el futuro e, incluso, la propia declaración judicial del carácter ilícito del acto”²⁶⁰.

Con respecto al caso específico de violaciones al Derecho Internacional Humanitario, hay quienes señalan que los mencionados artículos del Proyecto no están alineados con las disposiciones de DIH. El artículo 3 de la Convención de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre y el artículo 91 del Protocolo I sólo mencionan, específicamente, que la infracción a sus disposiciones acarreará una indemnización de tipo económico. Sin embargo, en vista de que según estas disposiciones tal indemnización debe pagarse sólo si hubiere lugar a ello, la doctrina ha interpretado que dicha indemnización es subsidiaria a la *restitutio in integrum*, de la misma manera que se detalla en el Art. 35 del Proyecto. Consecuentemente, no existe contradicción entre lo señalado por los tratados internacionales de DIH y lo establecido por el Proyecto en cuestión.

²⁵⁸ Díez de Velasco, op. cit. P 501.

²⁵⁹ Art. 37. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

²⁶⁰ Jiménez de Aréchaga, op. cit. P 341.

2.3 El crimen de reclutamiento, alistamiento y utilización activa de niños en conflictos armados en la legislación ecuatoriana

Hasta el año 2010, la legislación penal ecuatoriana no había implementado de manera específica, las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario. Teóricamente, en virtud de una disposición constitucional²⁶¹ con tendencia monista, dichas disposiciones podían ser invocadas de manera directa por los jueces y aplicadas en los distintos procesos judiciales, haciendo innecesaria la implementación directa dentro de la legislación nacional. Sin embargo, es un hecho público y notorio la renuencia que tienen los jueces ecuatorianos a aplicar la legislación internacional, tornando insuficiente la disposición constitucional y haciendo imperioso que la norma internacional sea incorporada dentro de los cuerpos normativos domésticos²⁶².

2.3.1 Código Penal Ecuatoriano

Mediante la expedición de la Ley s/n, R.O. 196-S, 19-V-2010, que las violaciones al DIH fueron finalmente incorporadas como delitos dentro de nuestro Código Penal, en el Título XI Capítulo IV, bajo el título de *Delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*. El Art. 602.46 se refiere, específicamente, al crimen que nos ocupa, señalando:

Art. ... (602.46).- Reclutamiento de niños, niñas y adolescentes.- (Agregado por el Art. 4 de la Ley s/n, R.O. 196-S, 19-V-2010).- Será sancionado con reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años, la servidora o servidor militar que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute o aliste niñas, niños o adolescentes en las fuerzas armadas o grupos armados, o los utilice para participar en el conflicto armado.

Este artículo constituye, además del cumplimiento de una obligación internacional, un avance contundente con respecto a la tipificación del crimen. Primero, es importante señalar que esta disposición no establece la edad mínima de 15 años, como lo hacen la mayor parte de instrumentos internacionales, sino que, de manera más extensiva, prohíbe el

²⁶¹ Art. 426 de la Constitución.

²⁶² El Advisory Service del CICR ha señalado que el implementar disposiciones específicas dentro de la legislación doméstica, es una de los métodos de implementación más adecuados. ICRC-Advisory Service of IHL. *National Enforcement of International Humanitarian Law: Information Kit*. Ginebra, ICRC, 2004. P 3.

reclutamiento de “niños o adolescentes” de manera general, entendiéndose que la prohibición está dirigida a todo menor de 18 años²⁶³. La amplitud de la disposición constituye un aspecto positivo de la misma, al eliminar la tendencia desacertada de dividir a la infancia y de exponer a una gran parte de los niños a las barbaries de la guerra. Podemos decir, además, que el avance de esta disposición responde a varios de los lineamientos establecidos en la Opinión Consultiva de la Corte IDH acerca de los Derechos de los Niños, principalmente al señalar que “los Estados no pueden establecer diferenciaciones entre los niños, que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos”²⁶⁴.

Segundo, es importante recalcar que en el artículo señalado se incluyen tanto al reclutamiento como al alistamiento, y a las fuerzas armadas junto con los grupos armados, abarcando todos los escenarios posibles, sin dejar espacio para excepciones absurdas. Más aún, al referirse a la utilización de los niños en conflictos armados, esta disposición no emplea el calificativo *activamente* como sucede en la legislación internacional; entendiéndose, por lo tanto, que utilizar a los niños dentro de un conflicto armado de cualquier manera, implica responsabilidad penal del perpetrador. En otras palabras, esta disposición aplica el principio *pro homine*²⁶⁵, utilizando un estándar más favorable, incluso, que aquel establecido en los instrumentos internacionales más proteccionistas.

Consecuentemente, podemos señalar que esta disposición tiene como bandera la protección integral de los niños y adolescentes dentro del territorio ecuatoriano y, no solo que cumple

²⁶³ De acuerdo con el Art. 4 del Código de la Niñez y la Adolescencia, “Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.”

²⁶⁴ Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-17/2002 acerca de la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. 28 de agosto de 2002. Par. 55.

²⁶⁵ La Dra. Mónica Pinto, define al principio *pro homine* como “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”. Mónica Pinto. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo – Oficina en Venezuela.

<http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332j.htm> Acceso: 26 de agosto de 2013.

con una obligación internacionalmente adquirida, sino que salvaguarda los derechos de los niños en mayor medida que los propios tratados internacionales de derechos humanos.

2.3.2 Código Orgánico Integral Penal

En los próximos meses, la Asamblea Nacional del Ecuador aprobará el *Código Orgánico Integral Penal* que reemplazará al ahora vigente *Código Penal*, mencionado en el título anterior. De la misma manera, dentro de este cuerpo normativo se incluirá dentro del Libro I, Título III, Capítulo I, Sección IV, a los Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, que incluirán el al Reclutamiento, alistamiento e utilización de niños en conflictos armados, así:

Artículo 127.- Reclutamiento de niños, niñas y adolescentes.- La persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, reclute o aliste a niñas, niños o adolescentes en las fuerzas armadas o grupos armados, o los utilice para participar en conflicto armado será sancionado con pena privativa de libertad de diez a trece años.²⁶⁶

Esta disposición es muy similar a la contenida en el Código Penal, vigente actualmente. La única variación es que se reemplazó “servidor militar” por “persona”, manteniendo, en lo demás, lo establecido por la disposición anterior. Dicha variación, aunque no altera la disposición de manera fundamental, revela un cambio en el razonamiento y una ampliación de la caracterización del perpetrador. Consecuentemente, este se constituye nuevamente como un artículo ampliamente proteccionista de los derechos de los niños.

2.4 Juzgamiento del Crimen

2.4.1 El Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL)

El Tribunal Especial para Sierra Leona constituye un hito en materia de niños soldados. A diferencia de los Tribunales Internacionales de Ruanda y Yugoslavia, el TESL, como ya establecimos en páginas anteriores, fue el primer tribunal internacional en cuyo estatuto se señaló al reclutamiento, alistamiento y utilización de niños en conflictos armados, como un crimen de guerra. De la misma forma, este tribunal fue el primero en

²⁶⁶ Art. 127 del Borrador del Código Orgánico Integral Penal al 13 de octubre de 2013.

emitir una sentencia condenatoria por el cometimiento de tal delito, convirtiéndose en un *leading case* de la defensa de los derechos del niño en tiempos de conflicto armado²⁶⁷.

El TESL fue establecido, conjuntamente, por el Gobierno de Sierra Leona y las Naciones Unidas en el año 2002. Este tribunal fue creado con el objetivo de juzgar a los mayores responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario y el derecho de Sierra Leona cometidas en el territorio de ese Estado, durante la guerra civil. En el periodo 1996-2002, Sierra Leona se vio envuelta en un conflicto armado que involucró a la guerrilla del Frente Revolucionario Unido (FRU), al Consejo Revolucionario de Fuerzas Armadas (AFRC), a los paramilitares de la Fuerza de Defensa Civil (CDF) y a los gobernantes de turno, y que estuvo marcado por varios golpes de estado, acuerdos de paz fallidos y asesinatos de combatientes y de población civil²⁶⁸.

2.4.1.1 El caso de Samuel Hinga Norman

De acuerdo con las investigaciones realizadas por el TESL, todas las partes del conflicto en Sierra Leona incurrieron en el crimen de reclutamiento de niños: las fuerzas de FRU raptaron y reclutaron forzosamente a niños menores de 18 años, especialmente en la Provincia del Norte; el CDF reclutó un gran número de niños en la Provincia del Sur; y, asimismo, el 25 por ciento de los miembros de las fuerzas armadas nacionales de Sierra Leona eran niños entre las edades de 7 y 18 años²⁶⁹. De manera general, durante el desarrollo de la guerra civil, se estima que se reclutaron aproximadamente 10 000 niños²⁷⁰.

Samuel Hinga Norman, líder y fundador del CDF, fue acusado por el TESL el 7 de marzo del 2003 y arrestado el 10 de marzo del mismo año, por el cometimiento de crímenes de lesa humanidad, violaciones al Artículo 3 común y al Protocolo Adicional II y por el

²⁶⁷ Alison Smith. Child Recruitment and the Special Court for Sierra Leone

<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/jicj2&div=115&id=&page=Acceso: 21 de agosto de 2013. P 25.>

²⁶⁸ Antonio Blanc Altemir. El Tribunal Especial para Sierra Leona: Un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario. http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21545/1/ADI_XIX_2003_05.pdf. Acceso: 21 de agosto de 2013. P 103-108.

²⁶⁹ SCSL. *Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)*, Hinga Norman. SCSL-2004-14-AR72, 31 de Mayo 2004.

²⁷⁰ UNICEF. UNICEF applauds verdict passed by the Special Court for Sierra Leone. http://www.unicef.org/media/media_40056.html Acceso: 23 de agosto de 2013.

reclutamiento de niños en las filas del CDF. Norman presentó una moción preliminar basada en la falta de jurisdicción del Tribunal para juzgar el crimen de reclutamiento de niños en conflictos armados, alegando: primero, que este crimen no formaba parte de la costumbre internacional al momento del cometimiento del mismo; segundo, la violación del principio *nullum crimen sine lege*; tercero, que las prohibiciones contenidas en el PAII y en la Convención de los Derechos del Niño no criminalizaban la conducta; y, cuarto, que la tipificación de la conducta en el Estatuto de Roma no codificaba la costumbre internacional²⁷¹.

El 31 de mayo del 2004, el Tribunal resolvió la moción presentada por Norman y señaló que, para Noviembre de 1996, el *state practice* y el *opinio iuris* respecto al tema de los niños soldados había convertido la prohibición del reclutamiento en costumbre internacional, “one can say that during a certain period, the conscience of leaders and populations started to note a given problem. In the case of recruiting child soldiers this happened during the mid-1980s. One can further determine a period where customary law begins to develop, which in the current case began with the acceptance of key international instruments between 1990 and 1994. Finally, one can determine the period during which the majority of states criminalized the prohibited behavior, which in this case was the period between 1994 and 1996”²⁷². Posteriormente, con el fin de determinar si la prohibición implicaba también una conducta sancionable penalmente, el tribunal recurrió a un test utilizado por el TPIY en el caso *Prosecutor v. Tadic*, que implicaba 4 pasos:

- “(i) the violation must constitute an infringement of a rule of international humanitarian law;
- (ii) the rule must be customary in nature or, if it belongs to treaty law, the required conditions must be met;
- (iii) the violation must be “serious”, that is to say, it must constitute a breach of a rule protecting important values, and the breach must involve grave consequences for the victim;

²⁷¹SCSL *Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment)*, Hinga Norman. SCSL-2004-14-AR72, 31 de Mayo 2004 Par 14-40.

²⁷²Idem.

(iv) the violation of the rule must entail, under customary or conventional law, the individual criminal responsibility of the person breaching the rule.”

El Tribunal, tomando en cuenta la masiva ratificación de los convenios internacionales referentes al tema, la importancia de la protección de los derechos de los niños como grupo vulnerable dentro de la población civil, la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional en 1998 y, más que nada, la criminalización casi universal de la conducta por parte de las legislaciones nacionales hasta 1996, determinó que el test se había cumplido, que el reclutamiento de niños efectivamente constituía una conducta prohibida por el DIH y que la violación de esta norma implicaba responsabilidad penal internacional²⁷³.

Por todo lo mencionado, el Tribunal desechó la moción presentada por Norman²⁷⁴ y, con ello, emitió la primera y más importante sentencia relativa al reclutamiento de niños soldados. Este fallo sentó un precedente de validez para todos los procesos judiciales iniciados con posterioridad por dicha conducta y contribuyó significativamente a eliminar la impunidad de los peores crímenes cometidos en contra de la infancia, permitiendo que sus perpetradores sean juzgados sobre la base de lo concluido por el Tribunal y convirtiendo a dicha conducta en un crimen legítimamente justiciable. Respecto a esta sentencia, la Directora Ejecutiva de UNICEF, Carol Bellamy explicó, “This ruling is an important milestone because it holds perpetrators criminally responsible. It will set off alarm bells to states and armed groups around the world and act as a deterrent to future recruitment and use of children in hostilities”²⁷⁵.

Posteriormente, en el mes de junio de 2004, el juzgamiento de Norman y de dos individuos más -Moinina Fofana y Allieu Kondewa- dio inicio. El proceso penal en su contra no pudo concluir, sin embargo, debido a que el acusado murió en febrero del 2007, antes de que el Tribunal pudiera emitir sentencia condenatoria²⁷⁶.

²⁷³Idem.

²⁷⁴Idem.

²⁷⁵UNICEF. UNICEF welcomes special court ruling establishing child recruitment a 'war crime'. http://www.unicef.org/infobycountry/media_21798.html

²⁷⁶Special Court for Sierra Leone. Case 14: The Prosecutor vs. Fofana and Kondewa (CDF Case) <http://www.sc-sl.org/CASES/ProsecutorvsFofanaandKondewaCDFCase/tabid/104/Default.aspx>

2.4.1.2 El caso AFRC

Este caso fue iniciado en contra de tres individuos: Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, todos ellos Sargentos del AFRC. Los cargos en su contra incluían siete crímenes de lesa humanidad, seis violaciones al Artículo 3 Común y al PAII, y otras violaciones graves al DIH, específicamente el reclutamiento, alistamiento y utilización de niños menores de 15 años en grupos armados²⁷⁷.

En la acusación, se alegó que el AFRC, “at all times relevant to this indictment, throughout the Republic of Sierra Leone, routinely conscripted, enlisted and/or used boys and girls under the age of 15 to participate actively in hostilities. Many of these children were first abducted, then trained in AFRC/FRU camps in various locations throughout the country and thereafter used as fighters”²⁷⁸ y, por tal razón, se les acusó del crimen tipificado en el artículo 4(c) del Estatuto del Tribunal.

Uno de los más reiterados argumentos de la defensa durante el proceso, fue que “in a traditional African setting the concept of childhood is related to the ability to perform tasks not to age”²⁷⁹ y que, por lo tanto, el reclutamiento de niños era una práctica común y aceptada en Sierra Leona. Esta excepción fue absolutamente descartada por el Tribunal al evidenciar que la ley doméstica de Sierra Leona define claramente al niño como toda persona menor de 16 años de edad, lo que demostraba la impertinencia del argumento presentado. El Tribunal concluyó que los tres acusados estuvieron siempre conscientes de que su conducta constituía un crimen internacional, ya que este era considerado como tal por la costumbre internacional desde 1996 y, además, porque el error de derecho no justifica a persona alguna²⁸⁰.

El Tribunal estableció en sus conclusiones que, efectivamente, niños menores de 15 años fueron reclutados forzosamente y usados para fines militares por el AFRC, especialmente en las zonas de Kenema District, Kono, Koinadugu, Freetown, Western Area y Bombali, durante el desarrollo del conflicto. Respecto a la responsabilidad de los acusados, el

²⁷⁷SCSL, *AFRC Trial Judgment*. 20 June 2007.P 218.

²⁷⁸SCSL, *AFRC Trial Judgment*. 20 June 2007.P 226.

²⁷⁹Ibid, P 351.

²⁸⁰Ibid, P 362.

Tribunal señaló que ellos, en su calidad de cabecillas del AFCR, lideraron la comisión del delito y que “although it was largely committed by their subordinates, their contribution was substantial. (...) The accused planned, ordered, organized, and implemented the system to abduct and forcibly recruit children (...) and had direct intent to set up and implement the system of conscription”²⁸¹. Consecuentemente, en su fallo del 19 de julio del 2007, el Tribunal los declaró culpables de varios cargos, entre ellos el reclutamiento, alistamiento y utilización de niños menores de 15 años en conflictos armados, y sentenció a Brima y Kanu a 50 años de prisión y a Kamara a 45 años²⁸². Esta sentencia se convirtió en el primer fallo condenatorio por el crimen de reclutamiento de niños soldados y puso fin a la impunidad de las violaciones a los derechos de los niños, durante los conflictos armados.

2.4.1.3 Otros casos

2.4.1.3.1 Caso CDF

Samuel Hinga Norman, Moinina Fofana (jefe de guerra de CDF) y Allieu Kondewa (jefe de CDF), fueron juzgados por el TESL en virtud de ocho cargos que pesaban en su contra, relativos a crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, incluyendo el reclutamiento y uso de niños soldados²⁸³. Fofana fue finalmente declarado inocente con respecto a este último, Norman murió antes de recibir sentencia y Kondewa fue declarado culpable. Sin embargo, Kondewa fue posteriormente absuelto por la Cámara de Apelaciones, debido a que la principal prueba en su contra fue tachada de falsa²⁸⁴.

2.4.1.3.2 Caso FRU

El 25 de febrero de 2009, (Prosecutor vs. Sesay, Kallon and Gbao), el TESL declaró a Sesay(líder de FRU), y a Kallon(comandante de batalla FRU), culpables del crimen de

²⁸¹ Ibid, P 504.

²⁸² SCSL.Prosecutor v. Alex Tamba Brima, SCSL-04-16-T, Sentencing Judgment (19 July 2007) (SCSL, Trial Chamber II)

²⁸³ SCSL.Prosecutor v. Norman, Case No SCSL-03-14-I, Indictment (4 February 2004) (SCSL, Trial Chamber I).

²⁸⁴ Fanny Leveau. *Liability under International Criminal Law for the War Crime of Recruitment and Use of Child Soldiers*. The Africa Institute Occasional Paper Series Vol. 1, Iss.1, Feb. 2012. P117.

reclutamiento, alistamiento e utilización de niños soldados, contenido en el artículo 4(c) del Estatuto de dicho Tribunal²⁸⁵ y la Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia²⁸⁶.

2.4.1.3.3 Caso de Charles Taylor

Charles Taylor, ex presidente de Liberia, fue acusado por la SCSL de cometer once crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, incluyendo el crimen de reclutamiento de niños originarios de Sierra Leona, en las fuerzas armadas liberianas²⁸⁷. Taylor fue arrestado por las autoridades Nigerianas en marzo del 2006. Sin embargo, en junio del mismo año, las Naciones Unidas decidieron que Taylor debía ser procesado en La Haya, debido a que su presencia en Freetown representaba un “impedimento para la estabilidad y una amenaza para la paz de la región”²⁸⁸. Finalmente, el 30 de mayo de 2012, la Haya condenó a Taylor a 50 años de cárcel, por haber liderado el cometimiento de varios crímenes, entre otros, el reclutamiento y utilización de niños en conflictos armados²⁸⁹.

2.4.2 Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional, desde su institucionalización en el 2002, ha recibido innumerables acusaciones²⁹⁰ en contra de individuos de todo el mundo. Sin embargo, existen únicamente dos países cuyos nacionales han sido acusados por el crimen de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños en conflictos armados: República Democrática del Congo y Uganda²⁹¹.

2.4.2.1 República Democrática del Congo

Desde 1998, El Congo ha estado involucrado en un intenso conflicto armado originado, entre otras cosas, por disputas por el control del agua y de otros minerales como

²⁸⁵SCSL.Prosecutor v. Issa Hassan, Sesay.Morris Kallon and Augustine Gbao. Case No. SCSL-04-15-A.Judgement. February 25, 2009.

²⁸⁶SCSL.Prosecutor v Sesay (RUF Appeals Judgment), SCSL-04-15-A,Judgment (26 October 2009) (SCSL, Appeals Chamber).

²⁸⁷ Coalición para Detener el Uso de Niños Soldados. Informe Global 2008.

²⁸⁸ Situation in Sierra Leone, UN Security Council Res. 1688, S/Res/1688 (16 June 2006).

²⁸⁹ Charles Taylor's verdict. <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6414> Acceso: 22 de agosto de 2013.

²⁹⁰ Hasta Septiembre del 2010, la Corte había recibido 8,874 acusaciones en total.ICC. *Communications, Referrals and Preliminary Examinations*. Retrieved 24 December 2010.

²⁹¹Leveau, op. cit. P 3-4

el coltán y el oro. Desde el inicio de las hostilidades, se estima que han muerto 5.4 millones de personas. Este conflicto se ha caracterizado por el uso de niños soldados e, incluso, se estima que ha sido el enfrentamiento con mayor número de niños soldados en el mundo²⁹². En Marzo del 2004, el presidente de El Congo, refirió la situación al Fiscal de la CPI, Luis Moreno-Ocampo. En Junio de 2004, la oficina del Fiscal inició las investigaciones y, seguidamente, se emitieron órdenes de arresto en contra de cinco individuos: Thomas Lubanga (líder de la Unión de Patriotas Congoleños UPC), Germain Katanga (comandante del FPRI), Mathieu Ngudjolo Chui (líder del grupo rebelde del Frente de Nacionalistas e Integracionistas-FNI), Bosco Ntaganda (Jefe de operaciones Militares de FPLC) y Callixte Mbarushimana (secretario ejecutivo de las Fuerzas combatientes de Abacunguzi). Cuatro de ellos – Lubanga, Katanga, Ngudjolo y Ntaganda– han sido acusados con el crimen de reclutamiento e utilización de niños soldados. Lubanga, Katanga and Ngudjolo se encuentran detenidos bajo custodia de la Corte, mientras que Ntaganda sigue prófugo²⁹³.

2.4.2.1.1 El caso de Thomas Lubanga Dylo

Thomas Lubanga, líder de la UPC, fue acusado por el crimen de reclutamiento y utilización de niños soldados el 29 de agosto del 2006. El proceso de juzgamiento, al ser el primero en la historia de la CPI, estuvo lleno de retrasos, suspensiones y aplazamientos, hasta que la Corte, finalmente, emitió su sentencia condenatoria el 14 de marzo de 2012²⁹⁴.

La Corte determinó que la parte del conflicto relevante para el proceso judicial en contra de Lubanga, era de naturaleza no internacional y, por lo tanto, la acusación debía basarse únicamente en el Art. 8.2.e.vii, y no en el Art. 8.2.b.xxvi²⁹⁵. Con respecto al crimen, la CPI señaló que el reclutamiento, el alistamiento y la utilización activa de niños en conflictos armados constituyen tres ofensas independientes; es decir, basta el cometimiento de cualquiera de las tres conductas, para que se consume el crimen²⁹⁶. Incluso el alistamiento,

²⁹² Martin Bell, "Child Alert: Democratic Republic of Congo" (2006). http://www.unicef.org/childalert/drc/content/Child_Alert_DRC_en.pdf Acceso: 22 de agosto de 2013.

²⁹³ Leveau, op. cit. P 6.

²⁹⁴ Coalición por la Corte Penal Internacional. *Caso Lubanga*.

<http://www.iccnw.org/?mod=drctimelinelubanga> Acceso: 26 de agosto de 2013; Kai Ambos. *The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues*. International Criminal Law Review. <http://ssrn.com/abstract=2030751> Acceso: 26 de agosto de 2013.

²⁹⁵ ICC. *Prosecutor v. Lubanga Dylo*. op. cit. Par. 604-607.

²⁹⁶ Ibid, Par. 610.

que en teoría es resultado de la propia decisión del menor de unirse a las filas del grupo armado, constituye una práctica sancionable independientemente bajo el mencionado artículo²⁹⁷. Asimismo, la Corte indicó que estas conductas son de carácter *continuo*, entendiéndose que el cometimiento del crimen continúa mientras el niño permanezca en el grupo militar o mientras no haya cumplido 15 años²⁹⁸.

En su sentencia, la CPI declaró culpable a Lubanga, en calidad de co-autor²⁹⁹ por haber acordado y participado en un “common plan of build an army for the purpose of establishing and maintaining political and military control over Ituri”³⁰⁰. Thomas Lubanga era el presidente de la UPC/FPLC y, simultáneamente, era el comandante en jefe y líder político de sus fuerzas armadas. Él era informado continuamente acerca de las operaciones del FPLC, estuvo involucrado en el desarrollo de sus actividades militares, era el encargado de la toma de decisiones referentes a la agrupación, y proveía a las fuerzas armadas de apoyo logístico, incluyendo armas, municiones, comida, uniformes, etc³⁰¹. El acusado, junto con otros miembros de la UPC/FPLC, lideró campañas de movilización y reclutamiento a gran escala, encaminadas a convencer a la población Hema de enlistar a sus niños en las filas de la UPC/FPLC³⁰². Lubanga y sus subordinados llevaron a cabo, además, un “large-scale recruitment exercise directed at young people, including children under the age of 15, whether voluntarily or by coercion”³⁰³. Consecuentemente, la Corte concluyó que el acusado estuvo involucrado directamente en las iniciativas de reclutamiento y actuó con conocimiento y voluntad plena³⁰⁴. El plan desarrollado por Lubanga y otros líderes de la UPC “resulted, in the ordinary course of events, in the conscription and enlistment of boys and girls under the age of 15, and their use to participate actively in hostilities (as soldiers, and as bodyguards for senior officials, including the accused, among other roles), between

²⁹⁷ Ibid, Par. 617.

²⁹⁸ Ibid, Par. 618.

²⁹⁹ Art. 25.3.a del Estatuto de Roma.

³⁰⁰ ICC. *Prosecutor V. Lubanga Dylo*. op. cit Par. 1358.

³⁰¹ Ibid, Par. 1353.

³⁰² Ibid, Par. 1357.

³⁰³ Ibid, Par. 1355.

³⁰⁴ Ibid, Par. 1358.

September 1st 2002 and august 13th 2003”³⁰⁵. Por todo lo mencionado, la Corte sentenció a Lubanga a 14 años de prisión³⁰⁶.

Adicionalmente a la condena impuesta sobre Lubanga, la CPI incluyó en su fallo medidas de reparación dirigidas a las víctimas. Este es uno de los aspectos más sobresalientes de su sentencia. La Corte notó que las reparaciones no pueden estar limitadas al pequeño grupo de víctimas que participaron en el proceso judicial y a aquellas que las solicitaron, sino que debe extenderse también a todo el conjunto de niños soldados desmovilizados, especialmente, desarrollando medidas que impidan su estigmatización³⁰⁷. “Despite stating that restoring the victim to the status quo ante will often be ‘unachievable,’ Trial Chamber I overall struck an optimistic tone that empowers, as opposed to disables, former child soldiers”³⁰⁸. La Corte enfatizó la necesidad de desarrollar las personalidades, talentos y habilidades de los niños soldados desmovilizados y de tomar en cuenta sus opiniones, al momento de tomar decisiones con respecto a las formas de reparación. En este sentido, decidió instituir un *Trust Fund for Victims*, al que recomendó constituir un equipo multidisciplinario de expertos para identificar las reparaciones más apropiadas en cada caso, añadiendo que estas reparaciones deben llevar como bandera la integridad de los niños desmovilizados³⁰⁹.

A pesar de las varias críticas que recibió la resolución del caso Lubanga, referentes a los métodos de recolección de evidencia, a la credibilidad de sus testigos, a lo extenso de su juzgamiento y a la benevolencia de la sentencia³¹⁰, es necesario recordar que la CPI es una institución que, a diferencia de las cortes nacionales, opera en un escenario internacional inundado de consideraciones logísticas y políticas que deben ser atendidas. La Corte está llamada a procesar a los criminales más peligrosos del mundo pero, al mismo tiempo, debe

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ ICC. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment verdict. Trial Chamber. July 10th 2012.

³⁰⁷ Mark A. Drumbl. *The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldiering* Yearbook of International Humanitarian Law. Washington & Lee Legal Studies Paper No. 2013-05. April 18, 2013. P 25.

³⁰⁸ Citado en Drumbl, op. cit. P 26.

³⁰⁹ Drumbl, op. cit., P 27.

³¹⁰ Ibid, P 28.

constituirse como un referente de respeto al debido proceso y a los derechos humanos³¹¹. Cumplir con ambos estándares no es tarea fácil; pero, aún así, este caso logró constituirse, al mismo tiempo, como un proceso judicial marcado por el respeto a los derechos del acusado y como una sentencia histórica capaz de demostrar la viabilidad e importancia del derecho internacional.

2.4.2.1.2 El caso Katanga-Ngudjolo Chui

El caso seguido en contra de Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui es el segundo juicio de la CPI. A ambos se los acusó de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, presuntamente perpetrados en el poblado de Bogoro, distrito de Ituri, durante el periodo de enero a marzo de 2003. Fueron enjuiciados por asesinato a traición, actos inhumanos, reducción a la esclavitud sexual, violación, trato inhumano o cruel, ultrajes a la dignidad personal, ataques intencionales contra la población civil, saqueos, destrucción de propiedad y utilización de menores para participar activamente en las hostilidades³¹².

El juicio en su contra inició el 24 de noviembre de 2009; sin embargo, el 21 de noviembre de 2012, la Sala de Primera Instancia II decidió separar el caso conjunto, en razón de los cambios aplicados al modo de responsabilidad legal de Katanga³¹³.

Con la sentencia del 18 de diciembre de 2012, finalmente concluyó el juzgamiento de Ngudjolo Chui y el acusado fue absuelto de los cargos presentados en su contra. Los jueces establecieron que el Fiscal no presentó evidencia suficiente para demostrar que Ngudjolo Chui era responsable de la comisión de los presuntos crímenes durante el ataque a la Villa de Bogoro³¹⁴. Sin embargo, los jueces enfatizaron que “su decisión no quiere decir que no se cometió ningún crimen en Bogoro o que la gente de dicha comunidad no sufrió daños aquel día”³¹⁵, sino, simplemente, que no se ha podido demostrar la responsabilidad de

³¹¹ American Non-Governmental Organizations- Coalition for the International Criminal Court. AMICC. *Deconstructing Lubanga, The ICC's First Case: The Trial and Conviction of Thomas Lubanga Dyilo*. http://www.amicc.org/docs/Deconstructing_Lubanga.pdf Acceso: 27 de agosto de 2013.

³¹² Coalición por la Corte Penal Internacional. Caso Katanga-Ngudjolo Chui. <http://www.iccnw.org/?mod=drctimelinekatanga&lang=es> Acceso: 26 de agosto de 2013.

³¹³ Idem.

³¹⁴ Idem.

³¹⁵ ICC. *The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Trial Chamber. Judgement. December 18 2012.

Ngudjolo Chui. El caso de Katanga, por su parte, sigue pendiente de resolución y el veredicto se espera a finales de este año.

2.4.2.2 Uganda

Además de la situación en la El Congo, la CPI también se ha ocupado del conflicto armado en Uganda, en donde han existido serias alegaciones referentes al reclutamiento de niños soldados. El conflicto armado en Uganda inició en 1986 y ha tenido lugar, principalmente en el Distrito Norte de Acholi, donde las fuerzas armadas nacionales y la guerrilla de la Resistencia Armada del Señor (LRA), liderada por Joseph Kony, permanecen en constante enfrentamiento³¹⁶.

El ejército del LRA está constituido mayoritariamente por niños y jóvenes, raptados y forzados a enlistarse. Se estima que el LRA ha secuestrado aproximadamente a 25 000 niños desde el inicio del conflicto³¹⁷. El 8 de Julio del 2005, la CPI emitió órdenes de arresto en contra de Joseph Kony, Vincent Otti (segundo al mando de LRA), Dominic Ongwen (ex niño soldado que más tarde fue Comandante de LRA) y Okot Odhiambo, Comandante suplente de LRA. Todos ellos están acusados de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, incluyendo el reclutamiento y utilización de niños soldados. Todos estos casos están aun pendientes de resolución por la CPI³¹⁸.

2.5 Conclusión

El crimen de reclutamiento, alistamiento y utilización activa de niños menores de 15 años en conflictos armados es un crimen que se configura, consuetudinariamente, como tal, desde el año de 1996. Posteriormente, con la expedición del Estatuto de Roma en 1998 y del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona en el 2000, finalmente se tipificó convencionalmente el crimen y se otorgó a los mencionados tribunales la jurisdicción para sancionar la responsabilidad individual por el cometimiento de dicha conducta. Por otro

³¹⁶ Sergio Sauce. *La guerra del Pánico*.

http://www.elmundo.es/documentos/2003/04/guerras_olvidadas/uganda.html Acceso: 22 de agosto de 2013.

³¹⁷ Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados. Informe Global 2008.

³¹⁸ Bell, op. cit.

lado, el reclutamiento de niños menores de 15 años se constituye como una violación al Derecho Internacional Humanitario, por la que los Estados pueden también tener responsabilidad, si la conducta les puede ser imputada, y cuya sanción puede ser determinada por cortes como la CIJ o la Interamericana de Derechos Humanos, que tienen jurisdicción supraestatal.

Los casos resueltos por el TESL constituyeron el primer paso en firme en la persecución del crimen y construyeron una base sólida sobre la cual futuros casos podrían ser resueltos. Sin embargo, como ha sucedido con los Tribunales de Nuremberg, de Kioto, el TPIY y el TPIR, hay quienes cuestionan su legitimidad y, por lo tanto, la aplicabilidad y extensión de sus jurisprudencias a casos análogos internacionales. Es por ello que la sentencia del caso Lubanga tiene tanta importancia. Esta sentencia es la primera en la historia de la Corte Penal Internacional –corte establecida mediante acuerdo universal- y elimina toda duda pendiente respecto a la criminalización de esta conducta. Más aún, el hecho de que la primera sentencia de la CPI haya sido en base al Art. 8.2.e.vii, demuestra la importancia y el alcance del crimen.

La situación de vulnerabilidad de los niños, especialmente dentro de un conflicto armado, requiere, como se estableció en el capítulo anterior, un marco jurídico sólido que prohíba con firmeza la participación de niños en hostilidades. Pero ello no basta. Al mismo tiempo, es necesario que en ella exista un elemento coercitivo que obligue a los criminales internacionales a abstenerse de incluir a niños menores de 15 años en sus filas, si no en razón de la atrocidad de tal acción, al menos por el temor a una posible sanción penal en su contra. Los niños no nacieron para estar en la guerra y la comunidad internacional, en este sentido, ha sabido responder positivamente y empoderarse de la defensa de sus derechos en los tribunales internacionales.

Sin embargo, la labor no termina allí. El llevar a los culpables ante los tribunales internacionales, no basta para eliminar los factores que conspiran para facilitar el reclutamiento de niños, como el comercio de armas ligeras, la militarización de la sociedad, y el comportamiento egoísta de los Estados. El hacer justicia a los niños soldados requiere mucho más que sanciones esporádicas a adultos-reclutadores. Requiere reintegrar a los niños soldados en sus comunidades. Requiere que sus voces y sus prioridades sean

escuchadas, y que la sociedad pueda ofrecerles educación, reintegración a sus comunidades, rehabilitación psicológica, empleos, etc. Es imposible devolver la infancia a un niño soldado, pero es necesario trabajar para devolverle la vida que le fue arrebatada por el conflicto armado.

CAPÍTULO III: HERRAMIENTAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS: DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

“El titular de derechos es el ser humano, de carne y hueso y alma, y no la condición existencial en que se encuentra temporalmente”.

*Antonio Augusto Cançado Trindade*³¹⁹

Todo lo expuesto hasta ahora explica los pormenores de la participación de niños en conflictos armados y la legislación regulatoria del tema; así como los mecanismos de criminalización y juzgamiento de los culpables de su reclutamiento. El caso de los niños soldados, como ya hemos establecido, es materia de derecho internacional público, de derecho internacional humanitario y de derecho internacional de los derechos humanos³²⁰. Pero, en especial, de este último. Los derechos humanos deben ser entendidos como guía transversal en el tratamiento de cualquier tema relativo a los niños y con más razón cuando se trata de estos en situaciones de conflicto armado³²¹.

El enfoque de DDHH utilizado para conceptualizar al *niño*, constituye un elemento determinante en el tratamiento del tema de los niños soldados: una visión que tome en cuenta las necesidades y características específicas de la infancia y que entienda a los niños como *sujetos plenos de derechos*³²², ofrecerá una mejor y más completa protección a sus derechos; mientras que aquella que los cosifica y los supone como simples *objetos de tutela*³²³, los colocará en una situación de desventaja con respecto del resto de la sociedad y será incapaz de ofrecerles una protección integral. En el caso específico de niños soldados, solo una vez que se entienda al niño como un ser humano con iguales derechos que cualquier adulto -pero más vulnerable que este-, se puede empezar a comprender los atroces efectos de su participación en las hostilidades de un conflicto armado.

³¹⁹ Voto concurrente del Juez Augusto Cançado Trindade en la Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte IDH acerca de la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. 28 de agosto de 2002. Par 6.

³²⁰ Hernández, op. cit. P 158-159.

³²¹ Idem.

³²² Simon, op.cit. P 249.

³²³ Ibid, P 250.

3.1 De la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral

En el caso de América Latina, podemos identificar dos corrientes distintas respecto de la concepción del niño: la doctrina de la *situación irregular* y la de la *protección integral*. Estas dos visiones contienen elementos y características muy específicas, que han sido desarrolladas para caracterizar los fundamentos teóricos de las legislaciones aprobadas antes o después de la expedición de la Convención de los Derechos del Niño y se han convertido en un referente para todas las temáticas relativas a la infancia³²⁴. La primera teoría se caracteriza por una visión *minorista*, que considera a los niños en situación irregular como un objeto de tutela por parte del Estado; mientras que la segunda, en un enfoque más apegado a los derechos humanos, los considera sujetos plenos de derechos³²⁵. Esta última es la aplicada actualmente en los instrumentos internacionales e, incluso, en la mayoría de legislaciones nacionales relativas a la infancia.³²⁶

3.1.1 Doctrina de la Situación Irregular

El origen de la doctrina de la *Situación Irregular* se puede ubicar en los primeros años del siglo XX, con la aprobación de las primeras legislaciones específicas sobre menores de edad: la primera en Argentina en 1919 -*Ley Agote*- y la última en Venezuela en 1939³²⁷.

Antes del surgimiento de esta doctrina, los casos de menores de edad acusados de delitos se resolvían de igual forma que los de los adultos, con la única diferencia de que los primeros recibían una rebaja del tiempo de la pena aplicable³²⁸. Es así que, hacia fines del Siglo XIX, surgieron movimientos reformistas dirigidos a separar a los menores de edad del derecho

³²⁴ El uso de estas categorías es exclusivo de América Latina, no encontrándose producción teórica al respecto en Europa o Estados Unidos, pero en términos prácticos han cobrado tanta importancia en la región, que no existe trabajo actual sobre el tema que no estudie a estas doctrinas. Farith Simon. *Derechos de la Niñez y la Adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Cevallos Editora Jurídica. Quito 2008. P 163.

³²⁵ Emilio García Méndez. Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral. http://www.iin.oea.org/La_legislacion_de_menores.pdf Acceso: 6 de septiembre de 2013. P 5,6.

³²⁶ Ibid, P 5-10.

³²⁷ Ibid, P 165.

³²⁸ Idem.

penal ordinario, sosteniendo que este debía reservarse para los adultos y que los niños infractores debían recibir una consideración jurídica distinta³²⁹. Pero no solo eso. Después de analizar las bondades que estas ideas proteccionistas, estos grupos exigieron también la ampliación del ámbito protector hacia los menores de edad en estado de abandono, en situación de riesgo y, en general, a aquellos niños cuyos derechos se habían visto vulnerados. Principalmente, esta ampliación tuvo lugar bajo la idea de que dichos factores (abandono, riesgo, etc), podrían desencadenar futuras desviaciones o ser posibles orígenes o causas de comportamientos delictivo³³⁰. La doctrina de la *situación irregular* surge como respuesta a las inquietudes de estos movimientos reformistas.

Existen cuatro rasgos principales que identifican a la doctrina de la situación irregular, en adelante DSI: 1) la consideración de los niños y adolescentes como objetos de protección; 2) la división de la infancia; 3) la judicialización social; y 4) las medidas de protección que privilegian el internamiento institucional (privación de la libertad)³³¹.

3.1.1.1 Niños y adolescentes como objetos de protección

De acuerdo con esta doctrina, la niñez y la adolescencia eran entendidas como etapas de la vida del ser humano previas a su madurez adulta, a las que, debido a sus características singulares, la ley debía asignarles una condición jurídica especial denominada *minoridad*.³³² El paradigma de la minoridad es la base de la doctrina de la situación irregular y “está integrada por un conjunto de creencias y prácticas dirigidas a la infancia sobre la base de la distinción entre menor y mayor de edad. El menor de edad es considerado como incapaz, pero con el simple paso a la mayoría de edad cambia radicalmente su situación jurídica hacia la capacidad plena”³³³. El término *menor* constituye una expresión fundamental de este paradigma, pues además de que expresa inferioridad con respecto del *mayor* (de edad), favorece a la idea de incapacidad, la cual

³²⁹ Yenny Colmenares Delgado. *Protección integral & Situación Irregular*. UNAM. <http://www.tuobra.unam.mx/vistaObra.html?obra=3403> Acceso: 6 de septiembre de 2013.

³³⁰ Idem.

³³¹ Simon, op. cit. P 167.

³³² Colmenares, op. cit.

³³³ Mónica Gonzáles Contró. *Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*. UNAM. Publicación Electrónica Num. 5 2011-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. P 8. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3011/7.pdf>

impide la comprensión del niño como un sujeto de derechos y el ejercicio de su autonomía³³⁴.

Bajo esta doctrina, los NNA eran vistos exclusivamente como “objetos de protección, control y represión por parte de los adultos y los órganos del Estado”³³⁵, quienes estaban a cargo de asegurarles cuidado y bienestar en cumplimiento de una obligación tutelar, y no en virtud de que estos sean titulares de derechos y garantías. Los niños y adolescentes se encontraban a merced de las medidas que el Estado o la familia tomen con el fin de protegerlos y dicha potestad no consideraba límite alguno. En la práctica, pareciera que el derecho más importante de los NNA es la posibilidad de intervención del Estado en su vida y su familia³³⁶.

La visión utilizada por esta corriente constituye una clara discriminación a los NNA, quienes no eran considerados miembros de la sociedad en igualdad de condiciones y cuyos derechos eran, a pretexto de tal situación, abusados constantemente.

La DS define a los NNA de manera negativa: son seres que NO son capaces, NO son sujetos de derechos, y NO son autónomos en relación a sus padres o en relación al Estado, sino que, más bien, son meras extensiones de ellos³³⁷. Esta doctrina incurre en el tremendo error de pretender que los niños obtienen su capacidad de decisión y de razonamiento, “mediante el mágico acontecimiento del paso a la mayoría de edad, (la cual les permite obtener) casi la totalidad de derechos que reconocen los sistemas jurídicos”³³⁸. El problema de esta construcción jurídica es que ha aparecido como una realidad “natural”³³⁹ que no permite ser cuestionada y que impide la titularidad y/o el ejercicio de ciertos derechos, volviendo a los niños sujetos *invisibles*³⁴⁰ a los ojos de la sociedad. Esta visión constituye un obstáculo para reconocer la gradualidad en el desarrollo de ciertas habilidades en el ser humano y, por tanto, regular la posibilidad de ir ejerciendo autónomamente ciertos derechos.

³³⁴ Ibid, P 9.

³³⁵ Miguel Cillero. *Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva*. Memorias del Seminario: En derechos Universales realidades particulares. UNICEF. s/f.

³³⁶ Simon, op. cit. P 168.

³³⁷ Edson Seda. *El Nuevo Paradigma de la Niña y el Niño en América Latina*. UNICEF. <http://www.unicef.org.co/Ley/AI/06.pdf> Acceso: 6 de septiembre de 2013.

³³⁸ González Contró, op. cit. P 9.

³³⁹ Idem.

³⁴⁰ Seda, op. cit. P 3,4.

3.1.1.2 División de la infancia: Discriminación

Aparte del concepto de minoridad utilizado para diferenciar a los NNA de los mayores de 18 años, la DSI establece una seria diferenciación al interior de la categoría social de la infancia: por un lado ubica a los “*niños, niñas y adolescentes*”(nna) y, por otro, a los *menores*. Los primeros son los que se encuentran bajo el cuidado de sus familias y tienen –al menos en teoría- sus necesidades básicas satisfechas, es decir, aquellos que se viven en condiciones de “normalidad”³⁴¹. Los segundos, en cambio, se refieren a aquellos abandonados, en situaciones de riesgo o pobreza, víctimas de abusos o maltratos, o supuestos infractores a la ley penal; es decir, el grupo que pertenece a los sectores más débiles de la sociedad³⁴². Esta desacertada división “reposa en la consideración minorista del niño como resultado de la expresión clasista de la sociedad, y en particular, de los niños; estableciendo un tratamiento diferenciado y diferencial entre excluidos e incluidos sociales”³⁴³. Esta división constituye una práctica claramente discriminatoria. Sería de esperar que todos los miembros de la categoría infancia sean, si no sujetos de derechos, al menos destinatarios de protecciones especiales en virtud de su vulnerabilidad, pero la presente división absuelve al Estado de la obligación de tomar medidas con respecto al grupo de *nna*.

Es por ello que la DSI es conocida por algunos autores como “la doctrina de las dos niñeces y de las dos adolescencias”³⁴⁴. Esta teoría, al dividir arbitrariamente a los NNA en dos grupos, crea una distinción que difiere de la realidad y que no hace más que contribuir a la desigualdad. Más aún, esta doctrina pregonaba que el Estado debe encargarse únicamente de uno de estos grupos: el de los *menores*. Solo estos últimos son considerados como vulnerables y, por ello, el Estado tiene el derecho y la obligación de intervenir en sus vidas. La visión de la *caridad-compasión-represión* es la guía para la toma de medidas por parte

³⁴¹ Simon, op. cit. P 169.

³⁴² Emilio García Méndez. *Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral*. http://www.iin.oea.org/La_legislacion_de_menores.pdf Acceso: 6 de septiembre de 2013. P 6.

³⁴³ Yuri Emilio Buaiz Valera. *Introducción a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños*. UNICEF. P7.

³⁴⁴ Antonio Carlos Gomes Da Costa. *Futuro de las Políticas Públicas para la Infancia en América Latina*. En las memorias del IV Seminario Latinoamericano sobre Niñez y Adolescencia. Octubre, 1995. P 172.

de los Estados, en respuesta a las posibles carencias de los *menores*³⁴⁵; y ello no deja lugar para la protección de aquellos que pertenecen al grupo de los *nna*.

Finalmente, es importante señalar que la DSI se enfoca en asegurar a los *menores* principalmente dos derechos: la protección y la vigilancia³⁴⁶. La protección para los carentes y los abandonados, y la vigilancia-represión para los inadaptados y los infractores. Esta limitada concepción de protección estatal es una manifestación de la estigmatización generalizada de las situaciones estructurales en las que vivían y de las que eran víctimas los *menores*, a quienes el Estado consideraba como *delincuentes en potencia* que requerían ser tutelados por las autoridades.

3.1.1.3 Judicialización social

La judicialización social es una de las mayores muestras del trato diferenciado que se utiliza en el tratamiento de las dos categorías de la infancia. Existe *judicialización social* cuando los conflictos de naturaleza distinta a la jurídica son atribuidos o conocidos, arbitrariamente, por la competencia de los órganos del poder judicial. “Cuando los conflictos sociales pertenecen a la esfera de la supraestructura de organización política del Estado para su resolución por vía de las políticas públicas, y por vía legal o por arbitrariedad, no es éste el que las conoce y resuelve, estamos en presencia de la figura de la judicialización de los problemas sociales”³⁴⁷. Este es, generalmente, el desenlace de los casos que involucran *menores*.

La incapacidad social atribuida de manera general por la DSI a los NNA, sumada a las carencias que presentan los *menores*, resultan muchas veces en motivo pleno y suficiente para la declaratoria de tutelaje de estos niños por parte del Estado³⁴⁸. El tutelaje se traduce, generalmente, en el internamiento del menor. En lugar de pretender la superación de las causas estructurales que colocan a ciertos niños dentro del grupo de los menores—abandono, peligro, pobreza, etc—, la DSI recurre a la intervención del Estado a través de la judicialización de estas causas y atribuye las funciones de

³⁴⁵ García, op. cit. P 20.

³⁴⁶ Idem.

³⁴⁷ Buaiz, op. cit. P 8.

³⁴⁸ Idem.

juez/padre/defensor/acusador/decisor a una sola persona dentro del órgano judicial, el juez de menores³⁴⁹. Esta persona “es la clave de un complejo sistema tutelar que pretende englobar, entre otras, la pre delincuencia, (...) la ayuda social a la infancia y una buena parte de la psiquiatría infantil”³⁵⁰, y que no está regido por el debido proceso, sino por la mera discrecionalidad estatal³⁵¹. El juez de menores, representa la realización institucional de la ideología de la *caridad-compasión-represión*.

3.1.1.4 Medidas de protección

Un elemento que caracteriza a la doctrina de la situación irregular, como ya señalamos, es la separación del sistema penal ordinario de aquel utilizado para los casos de NNA. Los jueces de menores, mencionados en el numeral anterior, sumados a las medidas especiales utilizadas para sustituir la pena privativa de libertad ordinaria, constituyen rasgos característicos de la DSI³⁵².

Estas medidas son llamadas “de protección” y generalmente implicaban el ingreso de los menores a instituciones de protección, en donde se los internaba de manera permanente hasta que escapaban o cumplían la mayoría de edad.³⁵³ Lo más alarmante de este internamiento, sin embargo, es que era aplicable no solo para aquellos menores que hubieran cometido delitos penales y recibido una condena en firme, sino que también se aplicaba, de manera indiferenciada, para aquellos que habían sido víctimas de maltratos, abusos, abandono o pobreza. Es por ello que García Méndez afirma que la DSI criminaliza la pobreza, “disponiendo internaciones que constituyen verdaderas privaciones de libertad, por motivos vinculados a la mera falta o carencia de recursos materiales (...) o a las situaciones de riesgo en que viven los menores”³⁵⁴.

³⁴⁹ Simon, op. cit. P 170.

³⁵⁰ Ibid, P 171.

³⁵¹ Emilio García Méndez. *Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: Modelos y tendencias*. <http://primerainfancialac.org/docs/4/Recursos-ad-modulo-4/4.%20GARCIA-%20legislaciones%20AL.pdf> Acceso: 9 de septiembre de 2013. P 20.

³⁵² CIDH. *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78. 13 julio 2011. P 85.

³⁵³ Simón, op. cit. P 172.

³⁵⁴ García, op. cit. P 20.

3.1.2 Doctrina de la Protección Integral: El niño como sujeto de derechos

La doctrina de la situación irregular imperó a nivel mundial durante más de medio siglo. Sin embargo, poco a poco se fueron haciendo más evidentes las falencias que caracterizaban a esa doctrina y se hizo urgente la necesidad de implementar una visión más justa de los NNA. Fue la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Gault*³⁵⁵ (1967), la que inició el proceso de transformación del tratamiento jurídico de la infancia³⁵⁶, al haber declarado que el debido proceso es el fundamento principal e indispensable de la libertad individual y que “los procesos de la *justicia de menores*, al igual que en los de los adultos, deben ser guiados por las garantías procesales contenidas en la décima cuarta enmienda de la Constitución de EEUU”³⁵⁷. Esta sentencia inició el proceso de cambio de la concepción de la infancia. En los países latinoamericanos, por su parte, la DSI continuó prevaleciendo hasta la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989. Este es considerado el punto de inicio oficial de la Doctrina de la Protección Integral³⁵⁸.

La Doctrina de la Protección Integral, en adelante DPI, hace referencia a “un conjunto de instrumentos jurídicos³⁵⁹ de carácter internacional que expresan un salto cualitativo

³⁵⁵ Gerald Gault, fue un niño de 15 años acusado de hacer llamadas telefónicas obscenas a su vecina la Sra. Cook, el 8 de junio de 1964. Después de que la Sra. Cook presentó su denuncia, Gault fue detenido y llevado al Children's Detention Home. Al momento de la detención, sin embargo, los padres de Gault se encontraban en sus trabajos y el oficial que lo arrestó no hizo esfuerzo alguno por notificarles acerca de la detención de su hijo. Posteriormente, la denunciante no asistió a las audiencias y no se presentaron evidencias ni testigos que probaran las acusaciones y, por lo tanto, se acusó a Gault de un delito menor: llamadas telefónicas procaces. Un adulto condenado por tal delito hubiera recibido una multa de \$50 y dos meses de prisión. El juez del caso, no obstante, condenó a Gault a **6 años** de detención juvenil. Los padres del niño apelaron la decisión y finalmente la Corte Suprema anuló la sentencia condenatoria, estableciendo que el debido proceso es el fundamento principal e indispensable de la libertad individual y que los procesos de la *justicia de menores* deben ser guiados por las garantías procesales contenidas en la décima cuarta enmienda de la Constitución de EEUU o, al menos, condiciones equivalentes. United States Courts. *Facts and Case Summary: In Re Gault*. <http://www.uscourts.gov/educational-resources/get-involved/constitution-activities/sixth-amendment/right-counsel/facts-case-summary-gault.aspx> Acceso: 9 de septiembre de 2013.

³⁵⁶ Simón, op. cit. P 173

³⁵⁷ United States Courts. op. cit.

³⁵⁸ Idem.

³⁵⁹ Los principales instrumentos jurídicos en el tema son: Convención sobre los derechos del niño y sus protocolos facultativos, las Reglas de Beijing, las Reglas mínimas de la ONU para los jóvenes privados de libertad, Directrices de Riad, el Convenio 138 de la OIT, el Convenio 182 de la OIT, Convenio de la Haya sobre aspectos civiles del plagio de niños y el Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

fundamental en la consideración social de la infancia”³⁶⁰ y que tiene su fundamento en los principios universales de dignidad, equidad y justicia social, y, principalmente, en el interés superior del niño³⁶¹.

Según Yuri Emilio Buaiz, la DPI puede ser definida como “acciones, políticas, planes y programas que, con prioridad absoluta, se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad, para garantizar que todos los niños y niñas gocen, de manera efectiva y sin discriminación, de todos los derechos humanos (...), al tiempo que atiendan las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados, o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos”³⁶². Es decir, para la DPI, los NNA constituyen un solo grupo de la sociedad, cuyos miembros son considerados como sujetos de derechos, los cuales deben ser respetados por el Estado, la sociedad y la familia, y cuya condición obliga, incluso, a que sus necesidades sean atendidas de manera prioritaria.

Existen cuatro puntos principales que fundamentan la DPI: 1) los niños como sujetos plenos de derechos; 2) el interés superior del niño; 3) la efectividad y prioridad absoluta; y, 4) la participación solidaria³⁶³.

3.1.2.1 Los niños como sujetos plenos de derechos: Principio de Igualdad

A diferencia de la DSI, la DPI parte del reconocimiento de que todos los niños son sujetos de derechos. De acuerdo con el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante CDN, y los principios de la Carta de las Naciones Unidas, *los niños son sujetos de derecho, en condiciones de igualdad y con fundamento en la dignidad intrínseca de todos los seres humanos*. Un niño, en su calidad de persona humana, no puede ser entendido como objeto bajo ninguna consideración; esto consistiría en la negación de su existencia. Un niño es un individuo, es un *sujeto*.

³⁶⁰ García, op. cit. P 39.

³⁶¹ Buaiz, op. cit. P 16.

³⁶² Yuri Emilio Buaiz. *La Doctrina de la Protección Integral de los Niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones*. UNICEF.

http://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf
f Acceso: 9 de septiembre de 2013. P 2.

³⁶³ Buaiz, op. cit. P 2.

La década de los '90, después de la expedición de la CDN, fue una década de cambios muy profundos en todos los ámbitos imaginables. El proceso de globalización, entre otras cosas, modificó radicalmente la relación histórica entre Estado y mercado, rompiendo “la inserción en el mercado de trabajo como fundamento de la ciudadanía”³⁶⁴. Este fundamento “se ha ido desplazando, cada vez con más fuerza, al plano de los derechos fundamentales del hombre”³⁶⁵. Como producto de esta transformación, finalmente la sociedad reconoció la ciudadanía a los niños y, con ello, su calidad de titulares de derechos.

La Convención de los Derechos del Niño, instrumento que consolidó la DPI, establece claramente que todo niño es titular de los derechos inherentes a su condición de persona humana, y también de aquellos derechos específicos para su edad³⁶⁶. Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y deben ser respetados, sin discriminación alguna en razón de su condición o la de sus padres o tutores³⁶⁷. La Corte IDH, en su Opinión Consultiva acerca de la Condición Jurídica del Niño, señaló que:

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.”³⁶⁸

Consecuentemente, la distinción entre *niños* y *menores* así como el trato diferenciado entre niños y adultos (con respecto a la titularidad de los derechos) instituidos por la DSI, se configuraban como claras discriminaciones y violaciones al principio de igualdad. Sin

³⁶⁴ Emilio García Méndez. Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de justicia. [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/D68828366A7BCF2D05257460007F33D5/\\$FILE/ProteccionIntegralE-Garcia-MComparado3.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/D68828366A7BCF2D05257460007F33D5/$FILE/ProteccionIntegralE-Garcia-MComparado3.pdf)
Acceso: 2 de octubre de 2013. P 13.

³⁶⁵ Ibid, P 14.

³⁶⁶ Miguel Cillero Bruñol. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*. En Derechos y garantías de la niñez y la adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de la protección integral de Ramiro Ávila y Belén Corredores. UNICEF. Quito, 2010. P 87.

³⁶⁷ Art. 2 Convención de los Derechos del Niño.

³⁶⁸ Corte IDH. Opinión consultiva... op. cit. P 58.

embargo, la Corte ha establecido que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”³⁶⁹; la Corte Europea de Derechos Humanos ha añadido que, solo es discriminación cuando una distinción carece de “justificación objetiva y razonable”³⁷⁰. Más aún, tales distinciones pueden constituir un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, “considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”³⁷¹. En esta consideración encuentran asidero los derechos específicos de los niños como grupo vulnerable.

Adicionalmente al aseguramiento y protección de los derechos, la DPI también se refiere al ejercicio de los mismos por parte de NNA. Un concepto importante introducido por la DPI es el de *capacidad progresiva*. El art. 5 de la CDN, dispone:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, **en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención**”.

Surge de este artículo, el reconocimiento de los derechos de los que los niños son titulares. Pero más allá de eso, surge el reconocimiento de la libertad y autodeterminación que estos tienen para ejercerlos, en concordancia con su capacidad. Según la DPI, los NNA son capaces de vivir con autonomía, de manifestar su voluntad, de distinguir progresivamente lo cierto de lo errado y de comprender el sentido ético de la vida; es decir, de actuar progresivamente en el mundo, con derechos y obligaciones³⁷². Los Arts. 12 y 13 de la citada Convención, en lo referente al Derecho del niño a ser oído y a su libertad de expresión, reconocen la posibilidad de que este pueda formarse un juicio propio, expresar su opinión, y ser escuchado. Esta concepción reconoce el desarrollo continuo de

³⁶⁹ Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. Par. 55.

³⁷⁰ European Court of Human Rights. *Case of Willis v. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, Par. 39

³⁷¹ Corte IDH. Opinión consultiva... op. cit. P 58.

³⁷² Seda, op. cit. P 2.

habilidades del niño y “establece la necesidad de ir concediendo capacidad en el ejercicio autónomo de los derechos de acuerdo con este”³⁷³.

De acuerdo con lo expresado, los niños y adolescentes tienen el derecho de ejercer ciertos actos con autodeterminación, en la medida que adquieren la madurez suficiente para comprender las situaciones que los afectan. Este principio de capacidad progresiva implica su participación en la realización de sus derechos, de acuerdo con el grado de desarrollo, de madurez y de discernimiento alcanzado. Este principio ha introducido en el campo jurídico la distinción que se observa y estudia en otras disciplinas respecto de las distintas etapas de desarrollo cognitivo de los niños y adolescentes:

“Con este esquema ideológico, en el derecho contemporáneo se ha reconocido a niños y adolescentes, de acuerdo con su fase evolutiva, una serie de competencias (...). Se trata de actos que hasta hace un tiempo quedaban reservados a los padres como titulares del “poder” sobre sus hijos. Así, las facultades de los progenitores en el ejercicio de la responsabilidad parental en la actualidad están inmersas en un contexto donde se ha pasado de una concepción centrada en la protección de la infancia —es decir, en la idea arraigada de los niños como objeto de cuidado por parte de los padres o en su defecto, del Estado—, a la idea de los niños como sujetos plenos de derechos y participantes activos en la familia y la comunidad, requiriéndose para ello el despliegue de políticas, que no sólo persiguen su amparo, sino también la promoción de su autonomía”³⁷⁴.

La DPI entiende que las niñas y niños van madurando poco a poco en cada una de sus capacidades “inscritas no en un Código de Menores, sino en un Código Genético denaturaleza biológica”³⁷⁵, y que el Estado (en la persona del juez o de cualquier otra autoridad), la sociedad y la familia deben atribuir y reconocer la capacidad del niño para ejercer sus derechos de manera directa, en función de su desarrollo personal.

3.1.2.2 El interés superior del niño

El concepto de interés superior del niño tiene su origen primigenio a nivel internacional en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que en su principio 2

³⁷³ Gonzales Contró, op. cit. P 9.

³⁷⁴ Cecilia Grosman y Marisa Herrera. *Un enfoque actual sobre el derecho de los adolescentes a ejercer sus derechos sexuales y reproductivos*. Revista Encrucijada, Ed. Universidad de Buenos Aires. P 16 y 17.

³⁷⁵ Seda, op. cit. P 2.

establecía: “al promulgar leyes (...) la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. Su consagración, sin embargo, en el marco del derecho internacional fue a través de la Convención de los Derechos del Niño, que en su Art. 3 señala:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y “se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención”³⁷⁶. El interés superior del niño “implica la plena satisfacción de todos sus derechos”³⁷⁷; es decir, se trata de un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad a asegurar la vigencia y satisfacción de los derechos de los niños, ya no respondiendo al esquema *paternalista-autoritario* en que la autoridad velaba por su bienestar como un acto potestativo que se derivaba de su investidura³⁷⁸, sino como un acto que se desprende de su calidad de *sujetos de derechos*.

De acuerdo con Miguel Cillero, el interés superior del niño “es una garantía, ya que toda decisión concerniente al niño, debe considerar primordialmente sus derechos”³⁷⁹. Añade, además, que este “es de gran amplitud, ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas, y a los padres”³⁸⁰. Este autor afirma que el interés superior del niño cumple tres funciones: 1) *Función hermenéutica*, en cuanto permite interpretar sistemáticamente el derecho, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño. 2) *Resuelve los conflictos*³⁸¹ entre los derechos contemplados en la

³⁷⁶ Corte IDH. Opinión consultiva... op. cit. P 61.

³⁷⁷ Cillero. El interés... op. cit. P 89.

³⁷⁸ Ibid, P 90.

³⁷⁹ Ibid, P 89.

³⁸⁰ Idem.

³⁸¹ El principio supone que todos los derechos del niño se ejrcen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan

Convención, estableciendo que siempre se debe optar por la medida que “asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y que implique la menor restricción de ellos (...), no solo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa”³⁸². 3) Sirve de *orientación o directriz* para la formulación y evaluación de políticas y leyes relativas a la infancia³⁸³.

Este principio no es abstracto y discrecional como muchos han sostenido, ya que trasciende la simple consideración de inspiración para la toma de decisiones de las personas públicas o privadas. Este es, más bien, una limitación de la potestad discrecional de estos entes, y una garantía de prevención-protección de todos los derechos humanos de los niños. El interés superior del niño significa, en pocas palabras, que los NNA tienen derecho a que, antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

3.1.2.3 La efectividad y prioridad absoluta

El artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño recoge este doble principio en los siguientes términos:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar **efectividad** a los derechos reconocidos en la presente Convención. (...) En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta **el máximo de los recursos de que dispongan** y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

La efectividad trae aparejada consigo la adopción de medidas o providencias, no solo de carácter administrativo y legislativo, sino todas aquellas que siendo de cualquier índole, conduzcan al efectivo goce y disfrute real de los derechos humanos de los NNA, al respeto de estos derechos y al desarrollo de garantías.³⁸⁴

incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la CDN para un mismo niño.”
Idem.

³⁸² Ibid, P 90.

³⁸³ Idem.

³⁸⁴ Buaiz, op. cit. P 21.

La prioridad absoluta, por su parte, constituye un potenciamiento del principio de efectividad. Bajo ese principio, el Estado está obligado a atender las necesidades de los NNA con carácter prioritario y, consecuentemente, a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que tenga disponibles, para propender a la protección integral de este grupo vulnerable. Que los derechos de niños y adolescentes sean atendidos con “prioridad absoluta” no significa únicamente que se les dé preferencia en la formulación de las políticas públicas, sino también prioridad en el destino de los recursos públicos, en atención y socorro, en protección frente a situaciones de violación o negación de derechos, y también significa que se castiguen y sancionen preferentemente a los perpetradores de dichas violaciones.³⁸⁵

3.1.2.4 La participación solidaria

Este principio reconoce que existe una obligación compartida entre el Estado, la sociedad y la familia de respetar, proteger y garantizar los derechos de los NNA³⁸⁶. El conjunto articulado de las acciones entre estos tres actores destacan como un principio de participación democrática para la garantía de los derechos universales que permiten construir la doctrina de la Protección Integral. Este principio está reconocido en la CDN al señalar:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Para cumplir, respetar y hacer cumplir los derechos en una concepción universal, colectiva e integral, no basta con que el Estado sea el responsable inmediato de estos. Si bien lo es, por intrínseca naturaleza de los propios derechos humanos; la sociedad y la familia están también obligados a activar los mecanismos de garantía y protección necesarios para que la obligación del Estado sea correspondida con la obligación y solidaridad social³⁸⁷.

³⁸⁵ Idem.

³⁸⁶ Corte IDH. Opinión consultiva... op. cit. P 63.

³⁸⁷ Buaiz, op. cit. P 87.

3.2 La Doctrina de la Protección Integral aplicada a la protección especial de los niños durante conflictos armados

En virtud de los principios de la Doctrina de la Protección Integral antes mencionados, especialmente en lo relativo a los NNA como sujetos titulares de derechos específicos y al interés superior del niño como directriz fundamental en la expedición de políticas y de legislación, los instrumentos internacionales relacionados con las situaciones de conflicto armado han establecido protecciones especiales para los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de grupo vulnerable.

En caso de conflicto armado, internacional o no internacional, los niños se benefician de la protección general estipulada en favor de las personas civiles que no participan en las hostilidades y que, como tales, deben recibir un trato humano. Pero adicionalmente, dada su particular vulnerabilidad, las normas del DIH estipulan en su favor protecciones especiales que les ofrecen garantías adicionales, más allá de las recibidas por cualquier otro miembro de la población civil³⁸⁸.

3.2.1 Protección general de los NNA como parte de la población civil

El Art. 50 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra define el concepto de persona civil por exclusión, y establece que se considerará como tal a “cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refiere el artículo 4.A.1), 2), 3) y 6) del III Convenio y el Art. 43 del presente protocolo”³⁸⁹. Es decir, según este artículo, serán

³⁸⁸ CICR. *Protección jurídica de los niños en los conflictos armados*. Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario CICR. <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/ninos.pdf> Acceso: 11 de septiembre de 2013.

³⁸⁹ El artículo 4.A de la CG III señala: “A. Son prisioneros de guerra, en el sentido del presente Convenio, las personas que, perteneciendo a una de las siguientes categorías, caigan en poder del enemigo: 1) los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas; 2) los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones: a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra; 3) los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora; (...) 6) la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido

personas civiles todas aquellas que no pertenecen a las fuerzas armadas³⁹⁰. Consecuentemente, todo niño, mientras no participe en las hostilidades ni forme parte de las fuerzas armadas, es considerado un *civil* y recibe todas las protecciones dispuestas para tal categoría.

En caso de conflicto armado internacional, el niño que no participa en las hostilidades está protegido por el Convenio de Ginebra IV relativo a la protección de las personas civiles y por el Protocolo Adicional I. Se beneficia, por lo tanto, de las garantías fundamentales estipuladas en estos instrumentos en favor de esas personas, especialmente el derecho al respeto de la vida, del honor y de la integridad corporal y moral, y la prohibición de coacción, penas corporales, tortura, penas colectivas y represalias³⁹¹. Se aplican también al niño las normas del PAI relativas a la conducción de las hostilidades y a la protección de las personas civiles, y que establecen la obligación fundamental de distinguir entre personas civiles y bienes de carácter civil de un lado y combatientes y objetivos militares de otro, de manera que solo se dirijan los ataques contra estos últimos³⁹².

En un conflicto armado no internacional, el niño goza también de las garantías fundamentales estipuladas en favor de las personas que no participan directamente en las hostilidades³⁹³ y se beneficia del principio según el cual "no serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles"³⁹⁴.

tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra."

El artículo 43 del PAI, por su parte, señala: "1. Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados. 2. Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades. 3. Siempre que una Parte en conflicto incorpore a sus fuerzas armadas un organismo paramilitar o un servicio armado encargado de velar por el orden público, deberá notificarlo a las otras Partes en conflicto."

³⁹⁰ Sonia Hernández Pradas. *El Niño en los conflictos armados: marco Jurídico para su Protección Internacional*. Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.

³⁹¹ Arts. 27-34 CGIV.

³⁹² Arts. 48-51 PAI.

³⁹³ Art. 3 común a las Convenciones de Ginebra y Art. 4 de PAII.

³⁹⁴ Art. 13 PAII.

En virtud del Principio de Igualdad y No discriminación, consagrado en la Doctrina de la Protección Integral y en el Derecho Internacional Humanitario, todas estas normas dirigidas a la población civil son aplicables a los niños, niñas y adolescentes, sin hacer distinciones desfavorables de ningún tipo.

3.2.2 Protección especial de los NNA

Como ya se estableció anteriormente, es legítimo, incluso a la luz del principio de igualdad, que se hagan distinciones de trato en favor de ciertas categorías de la población que, por sus necesidades, resulten especialmente vulnerables y lograr, de esta manera, remediar las desigualdades resultantes de su particular situación personal³⁹⁵. En el caso del niño, el DIH confiere una protección especial a este en situaciones de conflicto armado, en razón de su vulnerabilidad y en cumplimiento de varios principios de la DPI, especialmente el de *efectividad y prioridad absoluta*.

Ya en el Art. 38 de la Convención IV de Ginebra se estipula la atención especial que deben recibir los niños: pero el principio de protección especial está enunciado, como tal, en el PAI:

Los niños serán objeto de un respeto especial (...). Las Partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón.³⁹⁶

Esta disposición se aplica a los conflictos armados de carácter internacional. Con respecto a aquellos de carácter nacional, el Protocolo II establece una disposición análoga contenida en el artículo 4, en la que se estipula que "se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten".

Las disposiciones que definen la protección especial dedicada a los niños, pueden resumirse de la siguiente manera:

³⁹⁵ Hernandez, op. cit. P 144.

³⁹⁶ Art. 77 PAI

Derecho protegido	Artículos relacionados	Contenido
Integridad	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 14 CGIV - Art. 17 CGIV - Art. 77 PAI y Art. 4 del PAII - Art. 78 PAI - Art. 4.3 PAII 	<p>Zonas de seguridad especiales.</p> <p>Evacuación de zonas sitiadas.</p> <p>Protección contra atentados al pudor.</p> <p>Condiciones para el traslado.</p> <p>Evacuación de zonas de combate.</p>
Vida	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 68 CGIV, Art. 77.5 PAI y Art. 6.4 PAII 	Prohibición de pena de muerte.
Familia	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 136 CGIV - Art. 82 CGIV y Art. 75.5 PAI - Art. 74 PAI - Art. 76 PAI - Art. 76 PAI y Art. 6 PAII - Art. 4 PAII 	<p>Padres deben recibir noticias acerca de sus hijos.</p> <p>Familias detenidas deben permanecer juntas.</p> <p>Facilitar la reunificación familiar.</p> <p>Madres deben permanecer con hijos.</p> <p>Prohibición de pena de muerte a madres de niños pequeños.</p> <p>Facilitar reagrupación familiar.</p>
Identidad	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 24 CGIV 	Identificar a niños menores de 12 años con placas u otro medio.
Alimentación	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 81 CGIV - Art. 89 CGIV 	<p>Alimentar hijos de madres detenidas.</p> <p>Niños internados recibirán suplementos nutritivos.</p>
Asistencia y ayuda prioritaria	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 23 CGIV - Art. 50 CGIV - Art. 70.1 PAI - Art. 4.3 PAII 	<p>Libre paso de socorro para niños.</p> <p>Buen funcionamiento de instituciones de ayuda a niños.</p> <p>Reciben socorro de forma prioritaria.</p> <p>Reciben asistencia y ayuda.</p>
Educación	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 24 CGIV - Art. 50 y 94 CGIV - Art. 51 CGIV - Art. 78.2 PAI - Art. 4.3 PAII 	<p>Niños huérfanos o separados deben recibir educación.</p> <p>Educación a niños en zonas ocupadas</p> <p>Prohíbe trabajo de menores.</p> <p>Educación a niños evacuados.</p> <p>Educación conforme a deseos de los padres.</p>

Religión	- Art. 24 CGIV - Art. 4.3 PAII	Niños huérfanos o separados se les procurar la práctica de su religión. Educación religiosa y moral que los niños elijan.
Garantías judiciales especiales	- Art. 76 CGIV	Se tendrá en cuenta el régimen especial prescrito para menores de edad acusados de delitos.
Medidas especiales de privación de libertad	- Art. 94 CGIV - Art. 89 CGIV - Art. 132 CGIV - Art. 77.4 PAI	Educación, recreación y deportes. Ración suplementaria de alimentos. Procurar la liberación, repatriación o acogida en un país neutral. Detención en lugares distintos a los adultos.

Existen aproximadamente 25 artículos dentro de los Convenios y Protocolos de Ginebra que se refieren a la protección especial del niño, estableciendo derechos específicos dirigidos a asegurar que sus necesidades sean satisfechas, incluso priorizándolas por encima de las de otros grupos o por encima de otros beneficios colectivos³⁹⁷. Este concepto que ha sido aplicado en la elaboración de las normas de DIH, representa la materialización del principio del interés superior del niño y, por lo tanto, el apego a la doctrina de la protección integral. Bajo la DSI, hubiera sido descabellado consagrar disposiciones que prioricen el bienestar de los niños por sobre el de otros miembros de la sociedad, tomando en cuenta que los NNA, a diferencia de los adultos, no eran considerados *sujetos*.

Asimismo, las disposiciones del Derecho de Ginebra que incluyen a la familia como actor fundamental en el cumplimiento de los derechos de los niños, nunca hubieran sido posibles a la luz de la Doctrina de la Situación Irregular. Según la DSI, todos los problemas de la infancia encontraban una respuesta centralizada en el tutelaje estatal y dejaban de lado la intervención de otros actores como la familia o la sociedad. Los Convenios y Protocolos de Ginebra, en aplicación del principio de participación solidaria, reconocen el papel

³⁹⁷ Cillero, op. cit. P 89.

fundamental e insustituible que cumple la familia en la vida de los NNA³⁹⁸ y, mediante sus disposiciones, propician el cumplimiento de las obligaciones de respeto, protección y cuidado de los hijos, que recae sobre la familia. Claro está que ello no descarta las obligaciones adquiridas por el Estado en situaciones de conflicto armado, con relación al bienestar de los NNA.

Por otro lado, el derecho de Ginebra prevé situaciones en las que los niños menores de 15 años se encuentren en condición de abandono u orfandad, e indica medidas de protección que el Estado debe tomar para asegurar su educación y manutención. Las obligaciones que el Estado tiene con los NNA se fundamentan en su condición de sujetos de derechos y de grupo vulnerable³⁹⁹, y no en sencillas respuestas basadas en la ideología de la *compasión-caridad-represión*. Adicionalmente, las disposiciones en cuestión no hacen referencia alguna, al menos en teoría, a la judicialización o a la privación de libertad como respuesta al abandono, como lo dictaría la DSI.

Más aun, de los Comentarios a los Convenios, se desprende que en ellos “se estableció la edad de 15 años como límite en algunas de sus disposiciones, porque consideraban que, a partir de dicha edad, no es necesario tomar medidas especiales, habida cuenta del desarrollo de las facultades”⁴⁰⁰. Es evidente, por consiguiente, que el Derecho de Ginebra toma en cuenta el principio de *capacidad progresiva de los niños*, reconociendo que su grado de madurez y de desarrollo puede ser determinante en la toma de decisiones acerca de la intervención del Estado.

Como vemos, el reconocimiento tácito de la capacidad progresiva del niño y de su calidad de sujeto de derechos, la aplicación del interés superior del niño en las normas y el respeto al papel fundamental de la familia, son solo algunos de los ejemplos que evidencian el apego del derecho de Ginebra a los lineamientos de la Doctrina de la Protección Integral.

³⁹⁸ Simon, op. cit. P 302.

³⁹⁹ Jean Pictet. *Commentary on the IV ... op. cit. P 284.*

⁴⁰⁰ CICR. *Commentaire de la IV Convention de Genève*. Ginebra, 1956. P 201.

3.3 Doctrina de la Protección Integral aplicada a la Participación de Niños en Conflictos Armados

El DIH prohíbe expresamente el reclutamiento y utilización de los niños en los conflictos armados. Esta prohibición responde, sencillamente, a que dicha conducta constituye una franca violación a la integralidad de los derechos del niño. De acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño, este tiene derecho a la vida⁴⁰¹, a la integridad⁴⁰², a la supervivencia⁴⁰³, al desarrollo⁴⁰⁴, a la familia⁴⁰⁵, a la educación⁴⁰⁶, a la libertad de pensamiento⁴⁰⁷ y de conciencia⁴⁰⁸ y, específicamente, a ser protegido contra retenciones ilícitas⁴⁰⁹ y contra el trabajo infantil⁴¹⁰. Todos estos derechos son claramente violentados cuando los niños son secuestrados, adoctrinados y separados de sus familias con el fin de ser incorporados en las filas de un grupo armado. Su participación en la guerra, además de arrebatarles su derecho al desarrollo integral y a la educación, los expone a graves índices de violencia, que pueden atentar contra su vida y que, además, les provocan graves estragos físicos y psicológicos, muy difíciles de contrarrestar. La participación en un conflicto armado es considerada una forma análoga de esclavitud y forma parte de las peores formas de trabajo infantil⁴¹¹.

La vulnerabilidad de los NNA es aprovechado por los actores de los conflictos armados quienes, en un flagrante atropello al *interés superior del niño*, recurren a los más diversos métodos para manipularlos y utilizarlos en su propio beneficio. Una de las principales obligaciones de los Estados, de la sociedad y de la familia, según la Convención de los Derechos del Niño, es asegurar a los niños la protección y el cuidado necesarios para su bienestar y garantizar, en la máxima medida posible, su supervivencia y desarrollo⁴¹². El no

⁴⁰¹ Art. 6 CDR

⁴⁰² Art. 19 CDR

⁴⁰³ Idem.

⁴⁰⁴ Idem.

⁴⁰⁵ Art. 9 y 10 CDR.

⁴⁰⁶ Art. 28 y 29 CDR

⁴⁰⁷ Art. 14 CDR

⁴⁰⁸ Idem.

⁴⁰⁹ Art. 11 CDR.

⁴¹⁰ Art. 32 CDR

⁴¹¹ Art 3 del Convenio 182 de la OIT.

⁴¹² Art. 3 y 6 de la CDR. Arellano, op cit. P 132.

combatir eficazmente el reclutamiento y utilización de niños en conflictos armados es una de las más preocupantes violaciones a dicha obligación, en razón de las atroces consecuencias que ello acarrea y de la grave amenaza que representa para los derechos de los niños.

No obstante todo lo mencionado, la participación de niños soldados en conflictos armados es, desafortunadamente, un hecho cotidiano que la comunidad internacional no ha podido combatir. Por lo tanto, tomando en cuenta que los niños soldados se configuran como víctimas de sus reclutadores y del conflicto armado en general, es necesario que el derecho comience a discutir la condición jurídica del niño soldado; de manera que, dentro de las circunstancias, se le pueda ofrecer a este la mayor y mejor protección posible. Es de vital importancia que las medidas tomadas con respecto a los niños que participan en hostilidades, estén guiadas por las directrices de protección de la infancia, con el objetivo de contrarrestar, en la medida de lo posible, los efectos lesivos que la guerra produce en ellos. *La Doctrina de la Protección Integral*, amplía eficazmente el espectro de protección ofrecido a la infancia y, consecuentemente, se consolida como la más adecuada para regular los casos relativos a niños soldados.

Para este análisis, primero, es necesario determinar la categoría a la que pertenecen los niños soldados a la luz del derecho internacional y las implicaciones de dicha clasificación. La aplicación del principio de distinción, tendrá importantes repercusiones en su situación jurídica, en las garantías de las que son titulares y en la legitimidad de los actos cometidos por ellos o por terceros en su contra, durante el combate. Así también, es de vital importancia referirse a las consecuencias jurídicas de los actos cometidos por los menores: Si esos actos se constituyen como crímenes de guerra, ¿pueden ser los niños considerados imputables? Si lo son, ¿cuál debe ser el procedimiento para su juzgamiento y para la aplicación de penas? Finalmente, vale la pena abordar el tema de los procedimientos de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) de los niños soldados, los cuales serán a la larga, los únicos mecanismos capaces de devolverles la oportunidad de constituirse como miembros de la comunidad y de salvaguardar los derechos que tan atrozmente les fueron violentados. Ante el fracaso de eliminar el reclutamiento de niños, este tipo de análisis deben ser considerados una prioridad para los Estados en la búsqueda de la reivindicación y

tutela de los derechos de los NNA. Todos estos temas serán discutidos en el desarrollo de este capítulo.

3.3.1 Niños soldados: combatientes privilegiados.

Los niños, en su doble calidad de población civil y de grupo vulnerable, son considerados como personas protegidas durante un conflicto armado⁴¹³. Por tanto, ambos Protocolos Adicionales prohíben el reclutamiento y utilización de estos en hostilidades. Paralelamente, sin embargo, estos instrumentos prevén el incumplimiento de esta prohibición estableciendo que, si excepcionalmente los niños menores de 15 años llegaren a participar en las hostilidades, seguirán beneficiándose de ciertas protecciones especiales⁴¹⁴. Esta consideración especial responde a la condición *suigeneris* de los NNA quienes, aunque se unan forzosa o, incluso, voluntariamente a las filas de un grupo armado, no pierden su calidad de tales ni dejan de ser titulares de sus derechos específicos. Los niños que se unen a un grupo armado se convierten en **niños** soldados. Su condición de niños es inherente a su existencia y, por lo tanto, no les puede ser negada ni desconocida, en virtud de las actividades que realizan. Las consideraciones especiales a ellos concedidas tienen carácter de permanente.

No obstante, es necesario determinar si el estatuto jurídico del niño se ve afectado por el hecho de participar en hostilidades, ya que este dependerá de si es considerado *combatiente* o *persona protegida*, si es capturado, si debe beneficiarse del estatuto de *prisionero de guerra*. Para determinar el régimen aplicable es necesario distinguir entre conflictos armados internacionales y no internacionales.

3.3.1.1 Conflictos Armados Internacionales

Las prohibiciones con respecto al reclutamiento de niños y su participación en hostilidades han estado, tradicionalmente, dirigidas a los Estados y a los grupos armados. Más recientemente, aquellas prohibiciones se han dirigido a los individuos: pero específicamente a los reclutadores y no a los niños reclutados. Por un lado, el Art. 77.2 del

⁴¹³ CICR. *Personas protegidas por el DIH: Los Niños*. <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/protected-persons/children/overview-protected-children.htm> Acceso: 16 de septiembre de 2013.

⁴¹⁴ Art. 77.3 del PA I y el art. 4.3.d del PA II; Hernández, op. cit. P 152.

PAI establece claramente que “las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades”; mientras que por otro, el Art. 4.3.c del PAII es aun más rotundo en la prohibición y señala “los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas armadas y no se permitirá que participen en hostilidades”. Es evidente que la vulneración de las disposiciones anteriores no da lugar al nacimiento de responsabilidad jurídica para el niño que participa en hostilidades, aún en el caso de que sea voluntariamente, sino para la Parte en conflicto que le obliga o le **permite** enrolarse en las hostilidades⁴¹⁵. Los obligados por estas disposiciones son las Partes del conflicto y no los niños menores de edad.

Todo ello tiene como consecuencia que, aunque no esté expresamente establecido en los Protocolos, se pueda entender, implícitamente, que los niños soldados, de cumplir con los requisitos establecidos, deben ser considerados como *combatientes* y beneficiarse de todas las protecciones que tal condición implica⁴¹⁶. De acuerdo con el Art. 43.2 del PAI:

Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (...) son combatientes, es decir, **tienen derecho a participar directamente en las hostilidades**.

Este estudio se ha centrado en los niños que han sido reclutados o enlistados en las filas de los grupos armados y, de lo establecido en el Derecho de Ginebra, se puede concluir que estos no pueden ser considerados como civiles que participan en hostilidades o combatientes ilegítimos⁴¹⁷, en razón de tratarse de individuos que se encuentran “bajo el mando responsable de la fuerza armada a la que pertenecen”⁴¹⁸. El estatus de un combatiente no está determinado por su edad, sino por la condición en la que participa en el conflicto armado⁴¹⁹. Si un menor de edad se encuentra formando parte de las fuerzas armadas, y se le niega el reconocimiento de combatiente, significaría que está participando en el combate en situación de desventaja con respecto a los otros soldados. Mientras que el

⁴¹⁵ Hernández, op. cit. P 152.

⁴¹⁶ Happold, op. cit. P 100. Hernández, op. cit. P 152.

⁴¹⁷ Knut Dörmann. *The legal situation of unlawful/unprivileged combatants*. International Review of the Red Cross, No. 849. http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_849_dorman.pdf Acceso: 16 de septiembre de 2013.

⁴¹⁸ Art. 43 PAI.

⁴¹⁹ Happold, op cit. P 101.

estatuto de combatiente otorga varios privilegios⁴²⁰ a quienes ostentan tal condición, los civiles que participan en hostilidades pierden muchas de las garantías previstas para las personas protegidas en la CGIV⁴²¹, no acceden a ningún privilegio durante el combate, se convierten en objetivos militares legítimos durante el tiempo de su intervención⁴²², e, incluso, pueden ser penalizados por su mera participación⁴²³. El negar a los niños soldados el estatuto de combatiente constituiría mermar su protección y castigarlos por su participación. Al no existir disposición expresa que prohíba a los niños participar en las hostilidades (como es el caso de los mercenarios o los espías⁴²⁴, por ejemplo), entonces estos no pueden ser penalizados, en forma alguna, por haberse unido a las fuerzas de un grupo armado ni por participar en las hostilidades⁴²⁵.

Consecuentemente, en aplicación del principio pro homine y el del interés superior, se debe interpretar las normas del DIH de la manera más favorable al niño soldado y concluir que este se beneficia del estatuto de *combatiente* mientras participe en hostilidades. El núcleo fundamental de los derechos del combatiente radica en la idea de que tiene derecho legítimo a participar en las hostilidades y no puede ser castigado a causa de los resultados lesivos que ocasione en otros combatientes u objetivos militares pertenecientes al enemigo⁴²⁶. A su vez, un combatiente está protegido por el DIH de tal manera que, mientras combate, se beneficia del principio de limitación de medios y métodos, del principio de proporcionalidad, del principio de no discriminación y de la prohibición de

⁴²⁰ Art. 43 y 44 PAI.

⁴²¹ Art. 5 CGIV “Si, en el territorio de una Parte en conflicto, ésta tiene serias razones para considerar que una persona protegida por el presente Convenio resulta fundadamente sospechosa de dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad del Estado, o si se demuestra que se dedica, de hecho, a dichas actividades, tal persona no podrá ampararse en los derechos y privilegios conferidos por el presente Convenio que, de aplicarse en su favor, podrían causar perjuicio a la seguridad del Estado”. Dörmann, op. cit.

⁴²² Nils Melzer, *Interpretative guidance on the notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. ICRC. Geneve, 2009. P 73.

⁴²³ Adicionalmente, es imposible aplicar el régimen de “civil que participa directamente en hostilidades” para los niños soldados, en razón de que el estándar de participación directa establecida por el CICR para los civiles en general (causación directa, daño y nexo beligerante), es distinto a aquel establecido por la Corte Penal Internacional en el caso Lubanga para la calificar de directa la participación de los niños (Ver título 1.2) Ibid, P 46 y 84.

⁴²⁴ Mercenarios y espías, de caer en manos del enemigo, pueden ser castigados por violar las disposiciones del DIH. Art. 46 y 47 PAI.

⁴²⁵ Happold, op. cit. P 101.

⁴²⁶ José Luis Doménech Omedas. *Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura*. CICR. http://www.cicr.org/spa/assets/files/other/05_domenech.pdf Acceso: 16 de septiembre de 2013.

causar males superfluos y sufrimientos innecesarios; en resumen, del principio de *humanidad*⁴²⁷. Estos principios, por lo tanto, también amparan a los niños soldados.

Algunas legislaciones nacionales ya han aceptado el reconocimiento de niños soldados como combatientes. El *New Zealand Defence Force Law of Armed Conflict Manual*, por ejemplo, ha definido a un niño soldado como “any person taking direct part in hostilities as part of the armed forces of a state, or as part of an armed group, who is under 18 years of age” y ha señalado además que:

Child soldiers who are part of the armed forces of a state or who would, if they were adults, otherwise qualify as such, are considered combatans (...).⁴²⁸

Por otro lado, por regla general, todo combatiente que caiga en poder de una parte adversa, tiene derecho a ser considerado como Prisionero de Guerra⁴²⁹ (en adelante POW, por sus siglas en inglés). El PAI, sin embargo, deja a la libre determinación de las partes en conflicto la consideración o no de los niños soldados como tales:

Si, en casos excepcionales, no obstante las disposiciones del párrafo 2, participaran directamente en las hostilidades niños menores de quince años y cayeran en poder de la Parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra.

No obstante, han existido varios casos en que las partes del conflicto han reconocido a los niños soldados su calidad de prisioneros de guerra. Durante la Guerra Iraq-Irán de 1980, por ejemplo, Iraq reclutó masivamente NNA entre 9 y 15 años, quienes más tarde fueron detenidos por Irán y reconocidos unilateralmente como POWs. Todos los Estados partes de un conflicto deberían reconocer a los niños soldados su calidad de POWs, ya que esta implica una protección más amplia por parte del Estado detenedor⁴³⁰ y, por consiguiente, un respeto mayor a los derechos de los niños⁴³¹.

⁴²⁷ Jean Pictet. Desarrollo y Principios del DIH. CICR.
http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/development_and_principles.htm Acceso: 16 de septiembre de 2013.

⁴²⁸ New Zealand Defence Force Law of Armed Conflict Manual

⁴²⁹ Art. 44 PAI.

⁴³⁰ Convención de Ginebra III.

⁴³¹ Cohn y Goodwin, op cit. P 127.

De cualquier manera, lo que es imperativo para las partes en conflicto bajo cualquier circunstancia, incluso si se niegan a reconocer a los niños soldados su condición de POWS, es ofrecer a estos “un respeto especial” y protegerlos “contra cualquier forma de atentado al pudor”, de conformidad con el Art. 77.1. En el contexto de la privación de libertad de un niño soldado, esto obligaría a la parte detenedora a proteger a los niños de este tipo de atentados “not only from its own forces but also from the childre’s own comrades, both adults and children, and anyone else who might wish to cause them such harm. At a minimum, systems to deter such behavior should be put in place, probably including some segregation of children and adults, on the one hand, and boys and girls, on the other, as well as mechanisms for the investigation, prosecution and punishment of offenders”⁴³². Así también, los Estados están obligados a proporcionar a los niños detenidos “todos los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón”⁴³³. Esta obligación implica asegurarles acceso a atención médica, alimentación y educación, acorde a sus necesidades particulares.

Finalmente, es importante señalar también que, con respecto al internamiento, el Art. 37 de la Convención de los Derechos del Niño obliga a los Estados velar por que:

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

La CDN y el PAI obligan a los Estados a tratar con humanidad y con respeto especial a los niños soldados que sean detenidos. Existen también otros derechos señalados de la CDN, como el acceso a la educación, a la salud, a un adecuado estándar de vida⁴³⁴ y a la protección contra la violencia, el abuso sexual y la explotación⁴³⁵, que complementan las garantías previstas en el PAI y que deben ser aseguradas por los Estados detenedores.

⁴³² Matthew Happold, *Child Prisoners in War*. Oxford: Oxford University Press, 2010. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1321546 Acceso: 17 de septiembre de 2013. P 4.

⁴³³ Art. 77 PAI.

⁴³⁴ Arts. 24, 27, 28, 29 de CDN.

⁴³⁵ Arts. 19, 34 y 36 de CDN.

Asimismo, el Artículo 37.b de la Convención establece que “La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”, con el fin de minimizar los estragos producidos a los niños por su encarcelamiento.

Es decir, aunque un Estado decida no reconocer a un niño soldado la condición de POW, debe cumplir con todos los estándares impuestos por los mencionados artículos de DIH y de la CDN. Estas disposiciones indiscutiblemente evidencian que los menores no pierden su protección ni su derecho a consideraciones especiales, por el hecho de haber participado en hostilidades y que la obligación de los Estados de asegurar el cumplimiento de dichas garantías tampoco cesa bajo tales circunstancias⁴³⁶.

3.3.1.2 Conflictos Armados No Internacionales

En los conflictos armados de carácter interno, no existe el estatuto de combatiente ni el de prisionero de Guerra⁴³⁷. Por lo tanto, los niños que han participado en hostilidades o que han sido detenidos, seguirán sujetos al derecho internacional.

Es importante recalcar que, al igual que lo dispuesto en el Art. 77 del PAI, el Art. 4.3 del PAII ha establecido que los menores de 15 años se beneficiarán de *protecciones especiales*. Más aun, se ha señalado claramente que dicha protección se extenderá, incluso, a los menores de 15 años que participen en hostilidades y a aquellos que sean capturados⁴³⁸.

Consecuentemente, la legislación nacional de cada Estado encargada de los niños soldados, deberá respetar su condición y asegurarles un trato privilegiado, de conformidad con las antedichas disposiciones del PAII y, también, en aplicación de las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, adaptadas a las necesidades específicas de cada región.

⁴³⁶ Happold, *Child Prisoners...* op. cit. P 5.

⁴³⁷ Hernández, op. cit. P 154.

⁴³⁸ Art. 4.3.d PAII.

3.3.1.3 Niños soldados: ¿objetivos militares legítimos?

El hecho de reconocer al niño como un *combatiente*, evidentemente no solo implica reconocer su derecho de participar directamente en hostilidades y de beneficiarse de las protecciones especiales inherentes a dicha calidad. Significaría también, en teoría, que se convierta en un objetivo militar legítimo para sus enemigos.

De acuerdo con la Declaración de San Petesburgo “la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante laguerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo”⁴³⁹. Por lo tanto, los ataques perpetrados específicamente contra los combatientes de las fuerzas militares opuestas, son considerados como absolutamente legítimos, siempre que se los haga en apego a los principios del DIH⁴⁴⁰. La regla No. 1 del *Customary International Humanitarian Law*, asimismo, establece claramente:

The parties to the conflict must at all times distinguish between civilians and combatants. Attacks may only be directed against combatants.

No obstante, a pesar de ser esa la regla general, es necesario recordar que los niños tienen una condición muy particular, como ya hemos establecido: son a la vez combatientes y sujetos de protección especial⁴⁴¹. Consecuentemente, deben ser considerados como combatientes *privilegiados*⁴⁴².

Hay autores como Matthew Happold, que sostienen que los niños soldados “are no more priveleged than any other combatant”⁴⁴³ y que no existen reglas adicionales que restrinjan la manera en que las fuerzas enemigas puedan atacarlos. Él fundamenta esta postura en varias razones prácticas: 1. Puede ser extremadamente difícil identificar a los niños soldados como tales, porque al ser ellos parte de la tripulación de un vehículo militar o de un escuadrón, o encontrarse dentro de un edificio que sirva fines militares, puede confundírseles con cualquier otro combatiente. 2. Los niños no siempre evidencian

⁴³⁹ Declaración de San Petesburgo con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra de 1868.

⁴⁴⁰ Melzer, op. cit. P 12.

⁴⁴¹ Hernández, op. cit. P 152; Art. 77.3 PAI y Art. 4.3.d PAII.

⁴⁴² Alex Sinha. *Child soldiers as super-privileged combatants*. International Journal of Human Rights. Vol. 17 Issue 4. May, 2013. P 584.

⁴⁴³ Happold, op. cit. P 101.

físicamente la edad que tienen y pueden ser confundidos con un mayor de edad. 3. Sostiene que es irrealista esperar que las tropas enemigas hagan el ejercicio de diferenciación antes de atacar, especialmente en los casos en que sean atacados primero. En resumen, Happold sostiene que si se establecieran reglas especiales para los niños soldados, estas no serían observadas por las partes de los conflictos. Otros autores, siguiendo la misma línea, sostienen que “it seems unrealistic to expect the parties to refrain from targeting such armed enemies”⁴⁴⁴.

La pregunta, sin embargo, es la siguiente: ¿es la practicidad de una norma la que debe determinar su implementación? ¿En especial en el presente caso, en el que hacerlo así implicaría irrespetar la protección especial concedida a los niños como grupo vulnerable, norma reconocida no solo en el DIH, sino también en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, más aún, considerada como norma de *jus cogens*⁴⁴⁵? Definitivamente no.

Las normas de DIH son disposiciones que pretenden limitar la guerra⁴⁴⁶: una de las situaciones más caóticas que puede enfrentar la humanidad. Cuando estas fueron establecidas, muchos las pensaron imposibles de cumplir debido a su naturaleza. Y hasta el día de hoy, desafortunadamente, las estadísticas demuestran que los actores de los conflictos violan sistemáticamente las disposiciones de DIH. Ejemplo claro de esta afirmación son los atropellos a los derechos humanos que han tenido lugar en los conflictos de Irán-Iraq, Yugoslavia, Ruanda, Sierra Leona, Darfur, El Congo, etc⁴⁴⁷. Asimismo, a pesar de las detalladas disposiciones de la Convención de Ginebra III acerca de los Prisioneros de Guerra, continúan hasta el día de hoy existiendo cárceles como la de Guantánamo, cuya sola existencia constituye una violación a todo lo establecido en el mencionado tratado y en donde los derechos de los prisioneros son constantemente

⁴⁴⁴ Sassoli, Quintin, Bouvier, op cit. P 126.

⁴⁴⁵ De acuerdo con el Art. 53 de la Convención de Viena acerca de los tratados internacionales, las normas de *jus cogens* son absolutamente inderogables. Sonja C. Grover. *Child Soldiers victims of genocidal forcible transfer. Exonerating child soldiers charged with grave conflict related international crimes*. Springer. Berlin 2012.

⁴⁴⁶ Melissa Eli. *The Limits of International Humanitarian Law*.

<http://www.du.edu/korbel/hrhw/researchdigest/africa/HumanitarianLaw.pdf> Acceso: 17 de septiembre de 2013. P 2.

⁴⁴⁷ Ibid, P 3.

atropellados⁴⁴⁸. Sin embargo, ¿se justificaría reducir el umbral de protección impuesto durante tiempos de guerra, debido a la incapacidad de la humanidad de cumplir con las normas establecidas? Nuevamente, la respuesta es no. Las normas del DIH fueron establecidas para humanizar los conflictos armados, estableciendo límites a los medios y métodos de guerra, y garantizando protección para los grupos más vulnerables, a pesar de la dificultad que dichas normas puedan representar para los involucrados⁴⁴⁹. Es por ello que, de la misma manera, la dificultad que pueden implicar las normas relativas a la protección de niños soldados contra los ataques del enemigo, no pueden constituir argumento válido para evitar su implementación.

Curiosamente, por otro lado, los autores a favor de considerar a los niños soldados como objetivos militares legítimos, sostienen:

The main beneficiaries (of such a rule of war making child soldiers an unlawful target for attack) would be those who recruit child soldiers. Their troops would be able to operate with impunity. Indeed, the existence of such a rule might only serve to fuel the recruitment of children, as the advantages of doing so became apparent⁴⁵⁰.

Esta teoría defiende que el imponer restricciones especiales en favor de los niños soldados, implicaría permitirles abiertamente llevar a cabo actos de combate, sin que el enemigo pueda interferir de manera alguna. Todo esto se traduciría en una ventaja militar atractiva para los grupos armados, que provocaría el incremento del reclutamiento de niños. Por esta razón, hay quienes afirman que sería *contrario al interés superior del niño* el no reconocerlos como objetivos militares bajo los mismos parámetros que los demás combatientes⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ En la Prisión de Guantánamo, incluso, existió un caso reciente de un niño soldado: Omar Khadr. El niño formaba parte de Al-Qaeda desde los 9 años y a los 15 fue capturado por soldados americanos después de una batalla en la que, supuestamente, él había tomado parte, por haber lanzado una granada en contra de un miembro de las fuerzas armadas estadounidenses. Khadr permaneció detenido en Guantánamo durante aproximadamente 10 años y fue torturado, encerrado en celdas solitarias, amenazado de violación y enfrentado a los perros de ataque. *El caso de Omar Khadr*. <http://www.defense.gov/news/Feb2006/d20060222KhadrV6.pdf> y <http://www.amnesty.org/fr/node/5485>
Acceso: 4 de octubre de 2013.

⁴⁴⁹ Eli, op. cit. P 2.

⁴⁵⁰ Happold, op. cit. P 102; Sassoli, Quintin, Bouvier, op. cit. P 126.

⁴⁵¹ Grover, op. cit. P 22.

Esta postura constituye una clara muestra de cómo el principio del interés superior del niño puede ser objeto de mutaciones conceptuales que muchas veces, en la práctica, son tremendamente desventajosas para el bienestar del niño. El principio del interés superior es con frecuencia utilizado por personas que sostienen opiniones completamente opuestas, debido a la facilidad con la que se puede malinterpretar su intención⁴⁵². El interés superior del niño es la satisfacción integral de sus derechos y defiende, ante todo, las medidas que aseguren la máxima satisfacción de derechos y la menor restricción de los mismos⁴⁵³. En el presente caso, efectivamente, el establecer reglas especiales para los niños soldados con respecto a su condición de combatientes, asegura la protección a sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad y a la supervivencia, y respeta su condición de grupo vulnerable; pero podría, a la vez, acarrear la eventual consecuencia negativa de influir en la decisión de los grupos armados al momento de reclutar a niños soldados. Este es el ejemplo perfecto de una medida que al no poder asegurar la integralidad absoluta de los derechos del niño, los garantiza en la máxima medida posible, con una mínima restricción. Este es el verdadero espíritu del interés superior del niño. El solo hecho de que los niños pudieran ser considerados objetivos militares legítimos bajo cualquier circunstancia, “goes against the idea of preferential treatment afforded to children”⁴⁵⁴.

Se puede afirmar que el DIH, al conceder a los niños *cuidados especiales* durante un conflicto armado y no suprimirlos ni siquiera si participan en hostilidades, lo hace en aplicación de los principios fundamentales de derechos humanos de los niños y que, por lo tanto, estos principios no pueden ser irrespetados por simples razones de ventaja militar⁴⁵⁵. La intención de esté en volver inmunes a los niños que participan en hostilidades y permitirles desempeñar actos de combate indiscriminadamente. No se puede esperar que las partes de un conflicto permitan tal comportamiento, sin reaccionar en defensa propia. El objetivo de esta reflexión es contemplar otras alternativas que podrían servir al mismo propósito y, a la vez, proteger derechos fundamentales. Cuando un niño soldado represente una amenaza para las fuerzas enemigas “the principle of military necessity as a restriction to violence even against legitimate targets should at least in this case require them to arrest

⁴⁵² Cillero, op. cit P 88

⁴⁵³ Idem.

⁴⁵⁴ Sassoli, Quintin, Bouvier, op cit. P 126.

⁴⁵⁵ Grover, op. cit. P 23.

rather than kill such children whenever possible”⁴⁵⁶. El objetivo de un combate es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo⁴⁵⁷, y si un niño soldado se constituye como una amenaza, es legítimo pretender ponerlo *fuera de combate* y obtener así una ventaja militar; este objetivo, no obstante, no requiere asesinar al menor. Su captura traería los mismos resultados. Los actores del conflicto deben estar conscientes del estatus de combatiente *privilegiado* que tienen los niños soldados y causarles la menor afectación, en la máxima medida de lo posible. Solo en aquellos casos excepcionales en que un niño soldado pueda representar una amenaza mortal inminente, en aplicación del principio de legítima defensa, podría ser considerado como un legítimo objetivo de ataque⁴⁵⁸.

La condición particular de *combatiente privilegiado* concedida a los niños soldados, encuentra su fundamento en el hecho de que, la carga de las consecuencias del reclutamiento debe recaer sobre el grupo o fuerza armada reclutadora y no sobre el niño, en virtud de que la prohibición está dirigida, también, a estas organizaciones directamente. Sería absolutamente violatorio de sus derechos y al principio del interés superior del niño, no reconocer las protecciones especiales a ellos concedidos, en virtud una violación a la ley de la que ellos no son culpables.

3.3.2 Responsabilidad de los Niños Soldados por el cometimiento de crímenes de guerra

Los niños reclutados en las filas de las fuerzas armadas son considerados como *víctimas* de sus reclutadores y, por lo tanto, indiscutiblemente son titulares de protecciones especiales. Los niños que, estando vinculados con dichas organizaciones, son acusados de cometer delitos según el derecho penal internacional, no dejan de ser víctimas pero se convierten, a la vez, en perpetradores⁴⁵⁹. La pregunta que surge es la siguiente: ¿son los niños menores de 18 años imputables/responsables bajo el derecho internacional? Y si lo son, ¿pueden ser juzgados de la misma manera que los adultos?

⁴⁵⁶ Sassoli, Quintin, Bouvier, op cit. P 126.

⁴⁵⁷ Declaración de San Petesburgo con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra de 1868.

⁴⁵⁸ Grover, op. cit. P 22.

⁴⁵⁹ Principios del París (2007) Par. 3.6.

Las protecciones especiales concedidas a los niños por el derecho internacional obligan a que sus características específicas y su alto grado de vulnerabilidad, sean tomados en cuenta e incluso priorizados, bajo cualquier circunstancia. Como explicamos en el título anterior, las protecciones continúan en el caso de reclutamiento, en razón de que los niños no han incurrido en violaciones a la ley y, por lo tanto, la protección de la que son titulares no se altera. ¿Qué ocurre, en cambio, en el caso de que el niño soldado efectivamente infrinja las normas mediante el cometimiento de un delito? Las protecciones ofrecidas al niño no pueden asegurarle inmunidad absoluta⁴⁶⁰, en razón de que ello implicaría negar el derecho a la justicia de las víctimas de los crímenes⁴⁶¹. Sin embargo, lo que sí se ha establecido es la posibilidad de establecer una edad mínima de imputabilidad y garantías especiales que deben respetarse en el caso de juzgamiento de niños mayores de dicha edad⁴⁶².

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la forma de la CDN, reconoce implícitamente la posibilidad de que los niños puedan ser juzgados por crímenes de guerra, al establecer que:

Los Estados Partes garantizarán en particular que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron⁴⁶³.

La propia Convención de los Derechos del Niño, ha dejado abierta la posibilidad de que los menores de edad sean juzgados por infracciones penales. Con más razón, esta disposición es aplicable al cometimiento de crímenes de guerra, en vista de que estos son considerados como los más atroces de la humanidad⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ Art. 40 CDN. Regla 4 Reglas de Beijing.

⁴⁶¹ Amnesty International. *Child soldiers: criminals or victims?* <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR50/002/2000/en/f1883757-dc60-11dd-bce7-11be366d687/ior500022000en.pdf> Acceso: 19 de septiembre de 2013. P 14.

⁴⁶² Joseph Rikhof. *Child soldiers: Should they be punished?* http://www.cba.org/CBA/newsletters-sections/pdf/05-09-military_2.pdf Acceso: 19 de septiembre de 2013. P 3.

⁴⁶³ Art. 40.2. Convención de los Derechos del Niño.

⁴⁶⁴ Art. 1 del Estatuto de Roma.

Asimismo, el principio de responsabilidad de los menores de 18 años, en el caso específico de niños soldados, ha sido desarrollado en los Principios de París, señalando que:

“Los niños o niñas acusados de delitos según el derecho internacional deberán ser tratados de acuerdo con las normas internacionales en un marco de justicia restaurativa y rehabilitación social, en concordancia con el derecho internacional que ofrece a la infancia una protección especial a través de numerosos acuerdos y principios”⁴⁶⁵

Estos Principios, que fueron significativamente apoyados por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados de la ONU⁴⁶⁶, dejaron implícitas dos conclusiones: 1. Los niños que hayan cometido infracciones, ya no son considerados únicamente como sujetos de protección, sino como perpetradores de crímenes de guerra que, eventualmente, podrían recibir una sanción por su conducta. 2. El juzgamiento de estos casos se lo debe hacer recurriendo a los principios de justicia juvenil y “en donde sea posible, se debe buscar alternativas a los procesos judiciales en sintonía con la Convención de los Derechos del Niño”⁴⁶⁷.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que los niños más pequeños carecen del desarrollo mental, físico y emocional necesario para entender el alcance de sus actos y sus consecuencias; y de ello resulta que una acusación en su contra podría ser infructífera y, para ellos, confusa⁴⁶⁸. Por ello, se requiere establecer una distinción entre aquellos niños que se presumen capaces, de aquellos que en virtud de su falta de madurez y desarrollo, no lo pueden ser.

3.3.2.1 Edad mínima de responsabilidad internacional

La mayoría de sistemas de justicia penal defienden que una persona puede ser imputable y por tanto sancionada, siempre y cuando su comportamiento contenga un

⁴⁶⁵ Principios de París, Par 3.6

⁴⁶⁶ Noelle Quenivet and Shilan Shah-Davu. *International Law and Armed Conflict: Challenges in the 21st century*. TMC Asser Press. Netherlands, 2010. P 275.

⁴⁶⁷ Principios de París. Par 3.7.

⁴⁶⁸ Idem.

elemento de culpa⁴⁶⁹. Para ser culpable de un delito, especialmente con respecto a crímenes graves, no basta con haber cometido una conducta particularmente prohibida (*actus rea*); es necesaria, también, la voluntad de hacerlo (*mens rea*)⁴⁷⁰. Consecuentemente, es posible defenderse de una imputación penal alegando la falta de alguno de estos elementos. En el caso de los niños más pequeños, en virtud de su falta de desarrollo, sus actos carecen de *mens rea*⁴⁷¹. Simester y Sullivan defienden que esta excepción se la haría en virtud de “assumptions concerning a person’s mental development and consequent moral irresponsability for their actions”⁴⁷². La pregunta, sin embargo, es ¿se podría aplicar esta excepción para todo los niños menores de edad?

Es importante señalar que, si hay una palabra que resume a la Convención de los Derechos del Niño, esa es *responsabilidad*; “en primer lugar, de los adultos, representados por el Estado, por la comunidad y por la familia; y en segundo lugar de los niños”⁴⁷³. La CDN, con respecto al juzgamiento de menores, estableció en el Art. 40.3:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para (...) el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

Este instrumento acertadamente señaló la necesidad de establecer un mínimo de edad por debajo del cual se presumiría que los niños no están en capacidad intelectual ni física de entender sus propios actos y quienes, por lo tanto, no podrían ser juzgados penalmente⁴⁷⁴. Sin embargo, este instrumento falló al no establecer un mínimo de edad estandarizado que los Estados estén obligados a implementar internamente. Este artículo de la CDN fue implementado con la intención de reflejar lo establecido en la Reglas de Beijing⁴⁷⁵, que al respecto indican que “en los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de

⁴⁶⁹ Happold, Child soldiers in... op. cit. P 143.

⁴⁷⁰ *Mens rea* is defined as the intention to cause a crime or the knowledge that the conduct may cause a prohibited act. Donald MacIntosh, *Fundamentals of the Criminal Justice System*. 2nd edition. P 226-227.

⁴⁷¹ Idem.

⁴⁷² Simester and Sullivan. *Criminal Law: Theory and Doctrine*. Oxford University press. Oxford, 2000. P 541.

⁴⁷³ Mary Beloff. *Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos*. P 5.

http://www.iin.oea.org/algunas_confusiones_M._Beloff.PDF Acceso: 7 de octubre de 2013.

⁴⁷⁴ Art. 40.3 CDN.

⁴⁷⁵ Detrick. *A commentary on the United nations Convention of the Rights of the Child*. Dordrecht. Martinus Nijhof, 1998. P 700.

edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual”⁴⁷⁶. Aunque la regla en sí no aporta mucha claridad con respecto al tema, el comentario a esta norma sí lo hace, al señalar que:

The modern approach would be to consider whether a child can live up to the moral and psychological components of criminal responsibility; that is, whether a child, by virtue of her or his individual discernment and understanding, can be held responsible for essentially anti-social behaviour. If the age of criminal responsibility is fixed too low or if there is no lower age limit at all, the notion of responsibility would become meaningless.

Es indiscutible la necesidad de establecer una edad mínima que sea capaz de guiar las actuaciones de las cortes nacionales e internacionales y que, al mismo tiempo que permita el juzgamiento de los niños mayores, excluya de dicha posibilidad a los niños más pequeños, quienes difícilmente entenderían el sentido de un juzgamiento penal. De esta manera se obtendría un equilibrio entre el interés superior del niño y el principio de capacidad progresiva y los derechos de terceros afectados.

Han existido varias iniciativas internacionales de fijar dicha edad; sin embargo, el lograr un consenso entre los países ha sido imposible⁴⁷⁷. Las negociaciones previas a la expedición del Estatuto de Roma son uno de los mayores ejemplos de las dificultades que se han presentado. Actualmente, la Corte Penal Internacional, de acuerdo a su Estatuto, no tiene jurisdicción para llevar ante sus tribunales a una persona menor de 18 años de edad⁴⁷⁸. No obstante, de acuerdo con los Reportes Preparatorios del Estatuto⁴⁷⁹, la intención inicial fue establecer un mínimo de edad más bajo (que oscile entre los 12 y 18 años) para el juzgamiento de crímenes internacionales. La falta de acuerdo entre los países, sin embargo, hizo muy difícil esta tarea y obligó a los redactores a simplemente establecer 18 años como edad mínima.

⁴⁷⁶ Reglas de Beijing, Regla 4.

⁴⁷⁷ Amnesty International. *Childsoldiers...* op. cit. P 14.

⁴⁷⁸ Art. 26 Estatuto de Roma.

⁴⁷⁹ A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998, Addendum, Part One, Draft Statute for the International Criminal Court, Article 26 “Age of responsibility”. <http://www.iccnw.org/?mod=prepcommittee> Acceso: 19 de septiembre de 2013.

Los Estatutos del TPIY o el TPIRno establecieron en sus estatutos una prohibición de juzgar a menores de edad, pero tampoco fijaron reglas para la aplicación de los principios de justicia juvenil⁴⁸⁰. El Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL), por su parte, sí estableció su jurisdicción sobre los crímenes cometidos por menores de edad, específicamente, sobre aquellos niños que hubieran sido mayores de 15 años al momento del cometimiento del crimen. Asimismo, el Estatuto del TESL fijó un antecedente importante y estableció una serie de garantías que aseguran que los procesos que involucren a niños entre 15 y 18 años, se lleven de conformidad con sus necesidades y condiciones especiales⁴⁸¹.

Finalmente, las regulaciones establecidas para guiar los procedimientos penales de las Cámaras Especiales para los crímenes graves en Timor Oriental⁴⁸², establecido por la Administración Interina de la ONU en la localidad entre el año 2000 y 2005, fijó la edad de 12 años como la mínima de responsabilidad internacional, a la vez que instituyó una serie de reglas especiales concernientes a las garantías procesales especiales para los menores de edad⁴⁸³.

Como vemos, a pesar de que no existe unanimidad a nivel internacional acerca de la edad mínima que debe imponerse para el juzgamiento de menores, parece que lo más apropiado sería, en virtud de experiencias anteriores, establecer la edad de 12 o 13 años como estándar mínimo para la responsabilidad por crímenes internacionales. A pesar de que no existió un acuerdo universal previo a la expedición del Estatuto de Roma, la edad de 12 años fue la mínima sugerida a los redactores por parte de los distintos estados, y fue la misma señalada por las propias Naciones Unidas en el caso de Timor Oriental. Además, la CIDH ha señalado que los 12 años es considerada como la *edad mínima absoluta internacionalmente aceptada* para responsabilizar a niños, niñas y adolescentes ante la justicia juvenil⁴⁸⁴. De la misma manera, el Comité de los Derechos del Niño estableció que

⁴⁸⁰ Rikhof, op. cit. P 3.

⁴⁸¹ Arts 7.2, 13.1 y 15.5 del Estatuto del TESL. Idem.

⁴⁸² Art. 45.1 <http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/reg200030.pdf>

⁴⁸³ Rikhof, op. cit. P 4.

⁴⁸⁴ CIDH. *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78. 13 julio 2011. P 14. "En este sentido, la Comisión manifiesta su preocupación por el hecho de que los 12 años de edad siga siendo considerada la edad mínima absoluta internacionalmente aceptada para responsabilizar a niños, niñas y adolescentes ante la justicia juvenil"; no obstante, reconoce que ese es el consenso. La Corte no

no es aceptable internacionalmente que niños menores de 12 años sean responsabilizados ante la justicia por infringir las leyes penales y sugirió que el estándar se establezca por encima de dicha edad⁴⁸⁵. Por otro lado, la edad de 13 años fue la sugerida por la minoría de los jueces en los casos *T. v. United Kingdom* and *V. v. United Kingdom*, resueltos por la Corte Europea de Derechos Humanos y que sirvió de referencia para el establecimiento de la edad mínima en países europeos⁴⁸⁶.

Esta edad parece la adecuada, además, en virtud de que difícilmente podrá demostrarse que niños menores de 12 o 13 años actuaron con *mens rea* durante el cometimiento del delito y que apenas entenderían, siquiera, la intención y el desarrollo de un proceso judicial⁴⁸⁷. Como afirma Sonja Grover:

Mens rea issues arise that complicate the particular child's possibility to comply with IHL. The child in question (12 years old) may not have the requisite intent and/or knowledge of circumstances of the international crime to understand the gravity or criminal nature of a war crime given that their adult commanders have established the perpetrating of such atrocity as an acceptable norm during armed conflict and/or the child's development immaturity may have made him/her highly vulnerable to suggestion and/or the child may have been manipulated, given his or her mental developmental immaturity by propaganda allegedly justifying the commission of atrocity in violation to IHL⁴⁸⁸.

La falta de madurez y de entendimiento, así como la facilidad con la que los superiores pueden manipular y convencer a los niños soldados más pequeños de que una conducta ilegal es justificable y hasta necesaria, niegan la posibilidad legítima de juzgar a un niño menor de 12/13 años por su incumplimiento de las normas de DIH y el cometimiento de crímenes de guerra; esto sin importar que su reclutamiento haya sido forzoso o

concuera con que los 12 años deban ser la edad mínima para el juzgamiento de niños que han cometido crímenes en general. Sin embargo consideramos que, en el caso específico de los crímenes de guerra, 12 años sí debe ser la edad mínima, debido a la gravedad de estos delitos y, también, a la conveniencia de que los niños perpetradores de estos atroces crímenes entiendan las consecuencias de ellos en una edad temprana, sean sancionados con penas que respeten sus derechos y tengan la oportunidad de reformarse.

⁴⁸⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrs. 32 y 33..

⁴⁸⁶ European Court of Human Rights. *T. v. United Kingdom* and *V. v. United Kingdom*. (2000) 30 EHRLR.

⁴⁸⁷ Amnesty International. Child soldiers... op. cit. P 6.

⁴⁸⁸ Grover, op. cit P 84.

voluntario⁴⁸⁹. En resumen, parece evidente que “in the case of children under the age of 12, the presumption would be that they do not possess the requisite knowledge or mental capacity to understand the nature and effect of their actions”⁴⁹⁰.

Esta visión sigue la misma línea de la doctrina de la protección integral y de los principios de la CDN, teniendo en cuenta la *capacidad progresiva del niño* y defendiendo que un menor de 12 o 13 años no tendría aún las capacidades cognitivas necesarias para entender lo que significa violar las normas de Derecho Internacional Humanitario; mientras que un niño mayor de dicha edad, ya podría considerársele capaz de entender, al menos en alguna medida, las consecuencias de sus actos⁴⁹¹.

3.3.2.2 Imputabilidad y Responsabilidad

Los niños menores de 12 o 13 años no pueden ser sancionados por el cometimiento de crímenes en virtud de su incapacidad, intelectual y emocional, para discernir entre el bien y el mal. Sin embargo, ¿qué ocurre con los niños mayores de dicha edad?

Es necesario recordar que, según la doctrina de la protección integral tan citada en este trabajo, los niños son sujetos de derechos. El título de *sujetos de derechos*, presupone individuos capaces de tomar decisiones por sí mismos y responsables por las consecuencias de sus actos⁴⁹². Si se pretende afirmar que los niños, una vez que han alcanzado cierta edad, son capaces de influir en la toma de decisiones que les afectan, tienen derecho a ser escuchados, a expresar sus opiniones, a asociarse libremente e, incluso, a profesar la religión que deseen, se está aceptando, implícitamente, que tienen un nivel de desarrollo- aunque no completo- suficiente como para entender al mundo y a la sociedad, así como sus actos y las consecuencias de ellos. ¿Cómo, entonces, se podría presumir que no tienen el entendimiento suficiente como para comprender, al menos medianamente, la trascendencia del cometimiento de un crimen? La verdad es que sí la tienen⁴⁹³. Hay muchas razones, entre ellas su calidad de sujetos de derecho y el principio de capacidad progresiva, que

⁴⁸⁹ Si alegamos que el niño menor de 12/13 años es incapaz de discernir al momento de cometer un delito, también lo será al momento de decidir si unirse o no a las filas de un grupo armado. Idem.

⁴⁹⁰ Federal Court of Appeal. *Case Poshteh V. Canada*. F.C.A., 2005, 3 F.C. 487. Canada, March 4, 2005.

⁴⁹¹ Quenivet and Shah-Davu, op. cit. P 275.

⁴⁹² Matthew Happold. The age of criminal responsibility in International criminal law.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=934567 Acceso: 20 de septiembre de 2013. P 13.

⁴⁹³ Idem.

permiten pensar, incluso desde el punto de vista de las teorías de derechos humanos, que un niño (mayor de 12 o 13 años) es imputable por el cometimiento de crímenes de guerra. Su capacidad, aunque incompleta, puede acarrear responsabilidad penal.

Todos los perpetradores de serias violaciones a los derechos humanos, incluidos los niños que superen la edad mínima de imputabilidad, deben ser llevados frente a la justicia⁴⁹⁴. El considerarlos inimputables desde el inicio, constituiría un aporte al fenómeno de la impunidad y enviaría un mensaje equivocado acerca de la tolerancia de la comunidad internacional con respecto a estas atrocidades. Es muy importante sentar un ejemplo para el resto de la sociedad con respecto a este tema y, más aún, asegurar el derecho de las víctimas a la justicia y a las reparaciones⁴⁹⁵. Esto no significa, sin embargo, que la imputabilidad siempre resulte en responsabilidad penal⁴⁹⁶. En los casos en que los niños soldados han sido brutalizados, aterrorizados y obligados a la sumisión, existen serios obstáculos que impedirían determinar su responsabilidad. Por ejemplo, reportes internacionales del caso de Sierra Leona indican que los niños soldados eran drogados o/y obligados bajo amenazas de muerte o de violencia extrema, a cometer atrocidades⁴⁹⁷. Estos casos deben ser profundamente analizados por los jueces con el objetivo de obtener una resolución justa. Pero, así mismo, existen otros casos en los que los niños soldados, en control de sus acciones y sin coacción, han cometido los mismos actos y es posible determinar su responsabilidad penal. De cualquier forma, incluso cuando un niño fuera responsable de un crimen, su caso debería ser tratado con medidas especiales distintas a las utilizadas para los casos de adultos criminales⁴⁹⁸. Es allí donde radica su trato preferencial, y no en la impunidad.

3.3.2.2.1 Circunstancias eximentes de responsabilidad aplicables a estos casos

Pueden existir casos en los que, a pesar de que un niño mayor de 12/13 años sea considerado imputable por tener la capacidad necesaria para comprender sus actos, no pueda determinarse la responsabilidad de este sobre el cometimiento del crimen, por no

⁴⁹⁴ Amnesty International. Child soldiers... op. cit. P 7.

⁴⁹⁵ Idem.

⁴⁹⁶ Ibid, P 3.

⁴⁹⁷ Idem.

⁴⁹⁸ Ibid, P 14.

haber actuado libre y voluntariamente⁴⁹⁹. Existen en especial dos circunstancias eximentes de responsabilidad que pueden ser aplicadas a los casos de niños soldados: la intoxicación y la coacción. En estos dos casos el niño soldado no tiene la intención de cometer los crímenes de los que se le acusa⁵⁰⁰, y por lo tanto, no puede ser responsable. Respecto de estas dos situaciones, el Art. 31 del Estatuto de Roma señala:

No será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriese;

d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá

i) Haber sido hecha por otras personas o;

ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

3.3.2.2.1.1 Coacción

Coacción significa que el niño soldado “facing with an imminent and unavoidable threat aimed at persuading him to commit the offence, he had no viable alternative but to do as he was told⁵⁰¹”. La coacción involucra amenazas de muerte o de violencia tan extremas que son capaces de exceder la voluntad de un ser humano de resistirse a realizar determinado acto, y sirve para justificar actos que, en otras circunstancias, serían

⁴⁹⁹ Rikhof, op cit. P 7.

⁵⁰⁰ Intención es un elemento necesario para determinar la responsabilidad penal según el Art. 30 del Estatuto de Roma.

⁵⁰¹ J.C. Smith, *Smith and Hogan: Criminal law*. Butterworths. London 2002, P 252-253.

considerados criminales⁵⁰². A pesar de que hay quienes alegan que, de acuerdo con la sentencia del TPIY en el caso Erdemovic⁵⁰³, la excepción de la coacción no puede ser aplicada para los casos de crímenes que involucren asesinatos, se ha determinado que la expedición del Estatuto de Roma (posterior a dicha sentencia) revocó la vigencia de tal postura⁵⁰⁴. Por lo tanto, la coacción se constituye como una circunstancia excluyente de responsabilidad aplicable a cualquiera de los crímenes de guerra.

Un niño soldado que ha sido reclutado forzosamente dentro de un grupo armado, y que es víctima de tratos violentos y de amenazas constantes por parte de los cabecillas de la organización, que atestigua escenas de violencia o incluso de muerte en contra de aquellos miembros que se rehúsan a seguir órdenes de los superiores, o que ha sido víctima, en carne propia, de amenazas en contra de su vida o de su integridad, es claramente víctima de *coacción* y su comportamiento no es resultado de su voluntad⁵⁰⁵. Especialmente en aquellos casos en que los niños recibieron amenazas directas en su contra para cometer determinados actos, la coacción debe ser indiscutiblemente aplicada⁵⁰⁶.

Los Reportes de Human Rights Watch acerca de la situación en Uganda, por ejemplo, señalan que los niños soldados que pertenecen al LRA y se niegan a obedecer las órdenes de sus superiores, son torturados y quemados con aceite de nuez, en frente de los demás, con el objetivo de que ello sirva de “ejemplo de obediencia”⁵⁰⁷. Asimismo, los reportes indican que los niños soldados que han intentado escapar han sido disparados a sangre fría, para evitar que revelen los secretos de la organización y, también, para que los otros miembros del grupo sepan que, si ellos intentan escapar, les sucederá lo mismo⁵⁰⁸. Dentro de este contexto, ¿cómo podría esperarse que un niño se niegue a obedecer las órdenes de sus superiores? Estas circunstancias encajarían perfectamente en lo previsto por el Art. 31.d del Estatuto de Roma.

⁵⁰² J.C. Smith, *Justification and Excuse of criminal law*, Stevens, London, 1988. P 94.

⁵⁰³ ICTY, *Prosecutor vs. Drazen Erdemovic*, Case No. IT-96-22T. Judgement of the Appeals Chamber of the ICTY. October 7, 1997. Par 59.

⁵⁰⁴ Happold, op. cit. P 157.

⁵⁰⁵ Grover, op. cit. P 88-90.

⁵⁰⁶ Happold, op. cit. P 158.

⁵⁰⁷ Human Rights Watch. *Stolen Children: Abduction and recruitment in Northern Uganda*. New York, HRW, 2003. P 8-9.

⁵⁰⁸ Idem.

3.3.2.2.1.2 Intoxicación

Dentro de Reportes de Amnistía Internacional, se ha evidenciado que los niños soldados pertenecientes al RUF en Sierra Leona, se encuentran la mayoría del tiempo bajo efectos del alcohol o de drogas, particularmente antes de los combates⁵⁰⁹. Uno de los ex niños soldados entrevistados por Amnistía, reportó que antes de cada combate todos los miembros de la organización (incluidos los niños) debían consumir marihuana o cocaína⁵¹⁰. Él afirmó: “After sniffing cocaine, I was not affraid of anything.I became bloody. (...)But when we refused to take drugs, we were beaten and, in come cases, killed⁵¹¹.” Este es el caso de muchos de los niños soldados reclutados en grupos alrededor del mundo, quienes son obligados a ingerir alcohol o drogas con anterioridad a un combate o a una operación militar, con el fin de reducir sus inhibiciones y lograr que cometan crímenes, sin pensar en sus consecuencias⁵¹².

Un niño soldado obligado a ingerir sustancias de ese tipo puede probar que fue intoxicado y encajar su caso en la circunstancia excluyente de responsabilidad establecida en el Art. 31 del Estatuto de Roma. En estos casos, difícilmente podría alegarse que el niño estuvo consciente de sus actos al momento de realizarlos y, por lo tanto, sería improcedente el determinarlo como responsable.

3.3.2.3 Juzgamiento

Un niño soldado mayor de 12/13 años, como ya dijimos, no puede presumirse como inimputable, en razón del desarrollo mental y emocional que se prevé que ha alcanzado hasta esa etapa de su vida y, por lo tanto, debe ser llevado ante los tribunales o cualquier entidad encargada de su juzgamiento⁵¹³. Los jueces de dicha entidad deberán determinar si, en cada caso específico, hay razones para considerar que las circunstancias eximentes de responsabilidad, especialmente la intoxicación o la coacción, aplican al niño en cuestión. Si no existen circunstancias excluyentes de responsabilidad, entonces el niño

⁵⁰⁹ Amnesty International, *Sierra Leone- a casualty of conflict*.2000. AI Index AFR/51/69/00.P 4.

⁵¹⁰ Ibid, p 7.

⁵¹¹ Idem.

⁵¹² Happold, op. cit. P 159.

⁵¹³ Amnesty International.Child soldiers... op. cit. P 12.

puede ser determinado culpable del cometimiento de crímenes de guerra, en base a un análisis *case by case*, desarrollado por los juzgadores.

El Art. 3 de la CDN y la Regla 17.1 de las Reglas de Beijin advierten que cualquier acción legal tomada con respecto a los niños, debe siempre estar guiada, antes que nada, por el principio del *interés superior del niño*. El interés superior del niño implica, entre otras consideraciones, que el análisis de cada caso se realice de forma individualizada (cada niño, niña y adolescente tiene necesidades diferentes)⁵¹⁴, permitiendo escuchar la opinión del niño de conformidad con el nivel de desarrollo de su personalidad⁵¹⁵, así como la opinión de sus padres, tutores y/o representantes o familiares más cercanos, dentro de los procedimientos y procesos relativos a la justicia juvenil⁵¹⁶.

En el caso de menores que hayan cometido los crímenes con conocimiento y voluntad, incluso se puede afirmar que está en el *interés superior del niño* obligarles a tomar responsabilidad de sus actos y consecuencias, siempre y cuando se les asegure un proceso judicial especialmente adaptado para su condición particular de grupo vulnerable⁵¹⁷. La razón de ser del procesamiento judicial de menores es lograr que los NNA comprendan la gravedad de sus actos, reconozcan su culpa y reparen, en lo posible, los daños causados a sus víctimas. Esto refuerza la perspectiva de los niños con respecto a sus derechos, a los derechos de los demás y a la interacción que debe existir entre estos dos⁵¹⁸. Esto no solo beneficia a los niños individualmente, sino también a la sociedad en general.

3.3.2.3.1 Principios de Justicia Juvenil

Como dijimos anteriormente, las protecciones especiales de los niños no se materializan en la prohibición de su juzgamiento, sino en las particularidades que distinguen al mismo de los procesos penales llevados en contra de los adultos. Los niños tienen el derecho de ser juzgados dentro de un proceso especialmente pensado para ellos y que garantice sus protecciones especiales. De acuerdo con el Art. 40 de la CDN:

⁵¹⁴ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, Pár. 105.

⁵¹⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, Pár. 29 y 59.

⁵¹⁶ CIDH. *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78. 13 julio 2011. P 9.

⁵¹⁷ Idem.

⁵¹⁸ Amnesty International: child soldiers... op. cit. P 12.

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad

Hay quienes se oponen al juzgamiento de un niño soldado, alegando que ello lo estigmatizará de por vida y le impedirá su reintegración a la sociedad⁵¹⁹. Esta afirmación es falsa. El sistema de justicia juvenil tiene como fin primordial la rehabilitación y reintegración del niño, alejándose de los fines punitivos encontrados en el sistema ordinario. En concordancia con el Comité de los Derechos del Niño⁵²⁰, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la protección del interés superior del niño significa, entre otras cuestiones, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, la represión y el castigo, seansustituídos por una justicia especial, enfocada a la restauración del daño y a la rehabilitación y reinserción social de la niña, niño o adolescente⁵²¹”.

Por otro lado, este sistema obliga a que los casos que involucren a menores de edad sean llevados con absoluta privacidad⁵²², con el fin de que su juzgamiento y eventual condena, no sean hechos de conocimiento público que puedan mermar las oportunidades de rehabilitación del niño. El Comité de Derechos del Niño, al respecto ha señalado:

No se publicará ninguna información que permita identificar a un niño delincuente, por la estigmatización que ello comporta y su posible efecto en la capacidad del niño para acceder a la educación, el trabajo o la vivienda o conservar su seguridad. Por tanto, las autoridades públicas deben ser muy reacias a emitir comunicados de prensa sobre los delitos presuntamente cometidos por niños y limitar esos comunicados a casos muy excepcionales.

⁵¹⁹ Amnesty International. Child soldiers... op. cit. P 9.

⁵²⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 10, y Observación General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 57

⁵²¹ CIDH. *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78. 13 julio 2011. P 24-25.

⁵²² Reglas de Beijing. Regla 8.

En fin, siempre que el sistema de rehabilitación de jóvenes aplique las garantías establecidas y respete sus derechos específicos, especialmente el de la privacidad, su juzgamiento no actuará en detrimento, sino en favor de los intereses del niño, preparándolo para ser reintegrado en la sociedad con la mayor brevedad posible y beneficiando, a la vez, a la sociedad en general.

3.3.2.3.1.1 Derecho a procedimientos, autoridades e instituciones especializadas

De acuerdo con el Art. 40 de la CDN:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes (...).

El Derecho Internacional establece que los menores de edad deben ser juzgados por instituciones construidas en base a sus necesidades específicas. No deben ser juzgados junto con los adultos infractores. Por lo tanto, se deben establecer cortes especiales que traten exclusivamente casos de menores de edad⁵²³, o al menos, se debe asegurar que los jueces encargados de esos casos tengan experiencia y conocimientos específicos con respecto al tema. Ello no solo debe aplicarse a los jueces, sino también a todas las personas involucradas en estos procesos (peritos, abogados, fiscales, etc), quienes deben contar con capacitaciones especializadas en temas relativos a menores de edad⁵²⁴.

3.3.2.3.1.2 Derecho a ser oído y participar en el proceso

De acuerdo con el Artículo 12 de la CDN:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

⁵²³ Art. 5.5 CDN.

⁵²⁴ CIDH. *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78. 13 julio 2011. P 24-25.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Las opiniones de un niño acusado del cometimiento de un crimen deben ser tomadas en cuenta, de acuerdo con su edad, su nivel de madurez y su desarrollo intelectual y emocional, pero siempre deben ser escuchadas. Un niño que está siendo procesado por la justicia debe ser capaz de comprender y participar en el procedimiento porque, de lo contrario, “the crime will not have been addressed effectively”⁵²⁵.

La CIDH ha señalado que “la sola posibilidad de que estos niños tengan edad para ser sometidos a los sistemas de justicia juvenil implica que se les ha reconocido su capacidad como sujetos del proceso y por tanto debe garantizárseles su derecho a participar de él, por lo que sus opiniones deben ser tomadas en cuenta”⁵²⁶. Para ello, la regla 14.2 de las Reglas de Beijing establece que el procedimiento se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente. A juicio de la CIDH, incumbe a las autoridades asegurarse de que los niños, no solo comprendan cada cargo que pesa en su contra, sino también el sistema de justicia, los pormenores del propio proceso y de las medidas que podrían adoptarse⁵²⁷.

3.3.2.3.1.3 Garantías del debido proceso

El Artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño, enfatiza que un menor de 18 años a quien se le acuse de haber infringido las leyes penales debe ser tratado con dignidad y respeto a su condición. Esta disposición enfatiza que la dignidad del niño debe ser la bandera de este sistema de justicia penal y que cualquier proceso debe estar encaminado, no al castigo, sino a la reintegración del menor en la sociedad.

Para ello, la misma CDN establece que, en todos los procesos de justicia juvenil, deben incluirse y respetarse las siguientes garantías:

⁵²⁵ European Court of Human Rights. *T. v. United Kingdom and V. v. United Kingdom*. (2000) 30 EHRLR Par 81-91.

⁵²⁶ CIDH, Justicia... op. cit. P 54.

⁵²⁷ Ibid, P 55.

- El principio de legalidad⁵²⁸
- El derecho a la presunción de inocencia, a menos que se demuestre lo contrario en el desarrollo del proceso⁵²⁹.
- El derecho a la defensa, incluyendo el derecho a ser informado acerca de los cargos o acusaciones en su contra, a contar con asistencia jurídica y con un intérprete (de ser necesario), etc⁵³⁰.
- El principio de contradicción, es decir, un verdadero equilibrio entre las partes para la debida defensa de sus derechos e intereses⁵³¹.
- Respeto a la vida privada del menor, prohibiendo que los procedimientos sean públicos⁵³².
- El derecho a un juez natural, imparcial, independiente y especializado⁵³³.
- Non bis in ídem y principio de cosa juzgada⁵³⁴
- El principio de igualdad. No pueden tomarse medidas discriminatorias que desfavorezcan al bienestar del niño⁵³⁵.
- El derecho a apelar y el principio de doble instancia, para asegurar un juzgamiento justo⁵³⁶.
- La participación de los padres o responsables del niño durante el desarrollo del proceso⁵³⁷
- El principio de celeridad⁵³⁸

El cumplimiento de estas garantías permitirá un juzgamiento más justo que incluya medidas acordes a la edad del imputado y que asegure el cumplimiento de los fines de rehabilitación y reintegración establecidos en la Convención de los Derechos del Niño.

⁵²⁸ Art. 40. 2.a

⁵²⁹ Arts. 40.2.b y 40.2.i de la CDN; regla 17 de las Reglas de la Habana.

⁵³⁰ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* op. cit. P. 24; Art. 40 de CDN.

⁵³¹ Art. 7.1 de las Reglas de Beijing.

⁵³² Reglas 8.1 y 21.1 de las Reglas de Beijing; Regla 3.12 de las Reglas de Tokio.

⁵³³ Art. 40 de CDN.

⁵³⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, Par. 27.

⁵³⁵ Regla 4 de las Reglas de la Habana; Art. 2 CDN.

⁵³⁶ Art. 40.2.b.v de la CDN; Regla 7.1 de las Reglas de Beijing.

⁵³⁷ Reglas de Beijing. Regla 15.2; Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, Par. 130.

⁵³⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, Par. 51.

3.3.2.3.1.4 Medidas sancionatorias

Una de las principales diferencias entre el sistema ordinario y el sistema de justicia juvenil son las medidas que deben tomarse como resultado del juzgamiento. Su condición de vulnerabilidad y el hecho de que los niños tengan capacidad *suficiente*, pero no completa, para comprender sus actos y las consecuencias de ellos, resulta en la necesidad de establecer sanciones especiales. “La respuesta estatal frente a niños que hayan sido declarados responsables a través de un proceso de justicia juvenil debe responder a los derechos específicos de esos niños, así como a las protecciones particulares que les corresponden por ser personas menores de edad⁵³⁹”. Más aún, en el caso específico de niños soldados, es necesario que los juzgadores tengan en cuenta la situación personal de cada niño, como por ejemplo, su edad o las circunstancias de su reclutamiento. “The assessment of a child’s awareness of the choices open to him or her, whether to join the armed groups or to commit atrocities, should be undertaken critically, with due consideration to a child’s vulnerability and limited understanding”⁵⁴⁰. La condición particular del niño, si así lo amerita, puede ser tomada en cuenta para descartar su responsabilidad o para constituir circunstancias atenuantes de la condena⁵⁴¹.

Primeramente, de conformidad con las normas y estándares internacionales sobre la materia, está absolutamente prohibido imponer pena de muerte sobre los niños menores de edad⁵⁴²; estableciéndose esta, incluso, como una norma consuetudinaria⁵⁴³. Esta prohibición responde al reconocimiento de que la inmadurez de los NNA les impide comprender las consecuencias de sus acciones y que, por lo tanto, estos deben beneficiarse de sanciones menos severas que los adultos. Y más aún, esta norma refleja la creencia firme de que los jóvenes “are more susceptible to change, and thus have a greater potential for rehabilitation than adults”⁵⁴⁴.

⁵³⁹ CIDH. Justicia... op. cit. P 85.

⁵⁴⁰ Amnesty International, *Child soldiers: criminals or...* op. cit. P 7.

⁵⁴¹ Idem.

⁵⁴² Art. 68 CGIV, Art. 77.5 PAI, Art. 6.4 PAII y Art. 37 de CDN.

⁵⁴³ In paragraph 8 of its General Comment 24 on reservations of 4 November 1994, the Human Rights Committee confirmed that the execution of pregnant women and children was a breach of a peremptory norm of customary international law. Amnesty international. *Child soldiers...* op. cit. P 16.

⁵⁴⁴ Mary Robinson, United Nations High Commissioner for Human Rights (2002). UN documents CCPR/C/1/Add.36; A/36/40. Pars. 156, 173.

De la misma manera, la Convención de los Derechos del Niño⁵⁴⁵ obliga a los Estados a asegurar que ningún niño sea, como resultado de un procesamiento penal, sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Asimismo, este instrumento prohíbe expresamente que un niño sea sentenciado a prisión perpetua, sin posibilidad de excarcelación. Ambas prohibiciones responden al principio de protección especial del niño. Los castigos corporales, además de constituir una violación a los derechos humanos, crean en la víctima un sentimiento de venganza y no una intención de reformar su comportamiento. La prisión perpetua, por su parte, arrebató al NNA la oportunidad de ser reinsertado en la sociedad, y operaría en desmedro de los principios del sistema⁵⁴⁶.

Adicionalmente, con respecto a la privación de libertad, las normas internacionales señalan que se debe reservar el uso de la misma como un último recurso (principio de excepcionalidad) y tener a disposición medidas alternativas a la privación de libertad⁵⁴⁷. Como ha expresado la Corte IDH, “el contenido del derecho a la libertad personal de los niños conlleva importantes particularidades y no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para suprotección, en atención a su condición de vulnerabilidad”⁵⁴⁸. Las medidas sustitutivas o alternativas a la privación de libertad son, justamente, una manera de salvaguardar los derechos de los niños, en los casos en que hayan infringido las leyes penales⁵⁴⁹.

Así, con el fin de cumplir con el principio de *excepcionalidad*, los juzgadores tienen la obligación de establecer alternativas a la privación de la libertad como sanción para los niños declarados culpables de cometer crímenes de guerra. Dicha obligación está prevista en el artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de conformidad con el cual:

⁵⁴⁵ Art. 37 de la CDN.

⁵⁴⁶ Amnesty International. *Child soldiers...* op. cit. P 17.

⁵⁴⁷ Art. 37 CDN.

⁵⁴⁸ Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 225.

⁵⁴⁹ CIDH. *Justicia...* op. cit. P 85.

Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

El uso de medidas alternativas a la privación de libertad en el caso de niños infractores no sólo garantiza adecuadamente su derecho a la libertad personal, sino que además sirve para proteger los derechos de los niños a la vida, a la integridad personal, al desarrollo, a la vida familiar, entre otros. Las CIDH resalta que, “con miras a evitar algunas de las consecuencias negativas del encarcelamiento, las medidas alternativas a la privación de libertad deben procurar facilitar la continuidad de la educación de los niños infractores, mantener y fortalecer las relaciones familiares apoyando a quienes están a su cuidado y conectar a los niños con los recursos comunitarios, para posibilitar su reintegración a la vida en comunidad”⁵⁵⁰. Las medidas alternativas a la privación de la libertad brindan al niño mayores oportunidades de aprender del error cometido, reformar su conducta y, a la vez, reintegrarse más fácil y progresivamente a la sociedad, cumpliendo con los objetivos del sistema de justicia juvenil.

La utilización de medidas privativas de libertad debe decidirse luego de que se haya demostrado y fundamentado la inconveniencia de utilizar medidas no privativas de libertad y luego de un cuidadoso estudio⁵⁵¹. La regla 11.b de las Reglas de La Habana entiende como privación de libertad a “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al niño por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

De requerirse la ejecución de medidas privativas de libertad, estas deberán ser aplicadas bajo los principios de *excepcionalidad*⁵⁵², de *brevedad*⁵⁵³ y de *proporcionalidad*⁵⁵⁴ con

⁵⁵⁰ Ibid, P 86.

⁵⁵¹ Reglas De Beijing. Regla 17.1.

⁵⁵² Ibid, P 94.

⁵⁵³ Ibid, P 100.

respecto, “nosólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo”⁵⁵⁵. Esta medida deberá, además, ser revisada con periodicidad de manera que, si el caso ya no amerita la privación de la libertad, las medidas puedan ser modificadas inmediatamente⁵⁵⁶.

Los centros de privación de libertad de NNA, deben ser instituciones separadas de aquellas dedicadas a los adultos, en cumplimiento de lo señalado en el Art. 37 de la Convención de los Derechos del Niño. El incumplimiento de esta disposición, de acuerdo con la Corte IDH, implicaría exponer a los niños a “circunstancias que son altamente perjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad”⁵⁵⁷ y atentar contra sus derechos humanos. Asimismo, dichas instituciones deben asegurar la separación entre niños y niñas, de manera que se pueda garantizar la satisfacción de sus necesidades de manera integral⁵⁵⁸. Primordialmente, estos centros deberán permitir e, incluso, incentivar el contacto de los menores con sus familias y amigos, de manera que se facilite su posterior reintegración a la sociedad⁵⁵⁹.

En resumen, incluso en el caso de que el niño soldado sea privado de la libertad como consecuencia del crimen cometido, se debe garantizar el respeto a todos sus derechos y desarrollar acciones que permitan, por un lado, reducir los efectos de-socializadores de la privación de libertad y, por otro, disminuir los efectos de su participación en el conflicto armado. Para lograr estos objetivos, resulta indispensable que las medidas sancionatorias eviten en la mayor medida posible la vulneración de otros derechos distintos a la libertad, como la educación y la salud, y permitan el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios. Es necesario crear medidas que aseguren, ante todo, el interés superior del niño y el respeto a su dignidad y a su condición de sujeto de derechos.

3.3.3 Desarme, desmovilización y reintegración de niños soldados

⁵⁵⁴ Ibid, P 96.

⁵⁵⁵ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General Nº 10*, Par. 71.

⁵⁵⁶ Idem.

⁵⁵⁷ Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, Par. 175.

⁵⁵⁸ CIDH. Justicia... op. cit. P 112.

⁵⁵⁹ CIDH. Justicia... op. cit. P 105.

Hasta ahora hemos analizado las consideraciones jurídicas de un niño durante su participación en hostilidades. Pero la pregunta surge, ¿qué sucede con los niños soldados una vez que el conflicto se ha terminado? O, ¿qué ocurre con los niños que deciden, voluntaria o forzosamente, desmovilizarse y deslindarse de la guerra? La protección especial concedida a los niños por el derecho no solo obliga a la comunidad internacional a prevenir su reclutamiento ni se agota con el fin de su participación en hostilidades; esta implica tomar medidas para, por un lado, propender a su desmovilización, y, por otro, una vez que esta se haya logrado, contribuir a que el niño soldado pueda ser reintegrado satisfactoriamente en la sociedad.

Desde hace algunos años atrás, en la comunidad internacional se viene hablando del concepto de *Desarme, Desmovilización y Reintegración social* o DDR, como un proceso complejo encaminado a alejar de la vida militar a las personas involucradas en un conflicto armado –niños o adultos. Algunos doctrinarios añaden una segunda R al proceso, con el objetivo de incluir también la *rehabilitación* (DDRR)⁵⁶⁰. Este programa toma mayor importancia en el caso de los niños soldados, cuya participación en el conflicto no es solo inconveniente, sino también ilegal desde el primer momento. La infancia, en virtud de su vulnerabilidad, es el sector que más necesita de estos procesos y, a la vez, el que mayor éxito promete con respecto a la efectividad del programa⁵⁶¹.

Con respecto a los niños víctimas de los conflictos armados, el Art. 39 de la Convención de los Derechos del Niño señala:

“Se adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la integración social de todo niño víctima de abandono, tortura u otra forma de tratos crueles, inhumanos o degradantes, o conflictos armados.”

Asimismo, el Art. 6.3 del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados, establece, de manera más específica, lo siguiente:

⁵⁶⁰ Drumbl, op. cit. P 168

⁵⁶¹ Idem.

“Los Estados Partes tomarán todas las medidas posibles para que las personas que estén bajo su jurisdicción y hayan sido reclutadas o utilizadas en hostilidades en contradicción del presente Protocolo, sean desmovilizados o separados del servicio. De otro modo, de ser necesario, los Estados Partes presentarán a esas personas toda la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica y su reintegración social”

Estos parámetros constituyen el fundamento para el proceso de DDRR, el cual está dirigido principalmente a revertir las consecuencias físicas, psicológicas y emocionales producto de dicha participación⁵⁶². Estos procesos pueden tener lugar durante el conflicto pero, en la mayoría de los casos, ocurren después de que este ha cesado. El DDRR tiene varios pasos a seguir:

El primer paso es el *desarme*. Según las Naciones Unidas, el desarme está definido como la recolección de las armas, tanto pequeñas como pesadas, dentro de una zona de conflicto; o, al menos, de entre aquellos individuos que se hayan desligado de la organización armada⁵⁶³. Este proceso tiene como finalidad provocar una ruptura entre los ex combatientes y la violencia, “alejándolos de las lógicas de la guerra y estableciendo condiciones para un regreso viable a la vida civil”⁵⁶⁴.

El segundo paso, la *desmovilización*, se refiere al “disbanding of armed forces or armed groups and the discharge of individual members”⁵⁶⁵. Esta etapa pretende conseguir el rompimiento entre el grupo o fuerza armada y el individuo. Lo ideal es que esto se consiga sin resistencia, tanto por parte de los niños miembros como parte del grupo armado; sin embargo, en los casos de desmovilización individual, el grupo armado rara vez está dispuesto a permitirla y los sujetos desmovilizados son tachados de desertores y corren riesgo de recibir represalias; razón por la que necesitan más protección. Es importante, señalan Cohn y Goodwin, que durante esta etapa se muestre a los niños que, fuera del grupo armado, tendrán mejores condiciones socio-económicas para desarrollar su vida y asegurar

⁵⁶² Arellano, op. cit. P 227

⁵⁶³ Ibid, P 232. Secretario General de la ONU (2002).

⁵⁶⁴ Idem.

⁵⁶⁵ Idem.

su subsistencia⁵⁶⁶. De esta manera se evitará una eventual renuencia del niño a la desmovilización.

El tercer paso es la *rehabilitación y reintegración*. La reintegración es un proceso continuo que tiene como fin reunir a los niños desmovilizados con sus familias y con sus comunidades, reinsertándolos en la vida civil⁵⁶⁷. Es muy importante tener en cuenta que muchos niños involucrados en el conflicto armado tienen, con posterioridad, que enfrentar traumas relacionados con la guerra y que pueden impedirles desenvolverse de manera normal en la sociedad. Por ello es muy importante que, una vez que los niños hayan sido desarmados y desmovilizados, se pongan en marcha inmediatamente medidas destinadas a aliviar las consecuencias físicas y psicológicas de su participación⁵⁶⁸. En primer lugar, resulta esencial tomar medidas de emergencia destinadas a satisfacer las necesidades más inmediatas de los niños, como el restablecimiento del acceso al agua, saneamiento, alimentos y atención médica, teniendo siempre en cuenta el interés superior del niño. Adicionalmente, es necesario que, con la prontitud posible, se establezcan métodos de reunificación familiar para los niños soldados ya que la familia es el espacio ideal para que el menor continúe su proceso de desarrollo y se sienta miembro de una comunidad nuevamente. Durante el desarrollo de esta etapa, se deben tomar medidas que aseguren al niño ayuda psicológica especializada, con el objetivo de que este se aleje del lenguaje de la violencia, supere los hechos que lo atormenten psicológicamente y construya herramientas que le permitan desenvolverse en tiempos de paz⁵⁶⁹.

Según el informe presentado por Machel, la salud, el bienestar psico-social y la educación deben ser los pilares fundamentales de cualquier proceso de reinserción de niños dentro de la sociedad. Estos elementos le permitirán al niño alejarse de la vida militar y le concederán la oportunidad de vivir de manera normal dentro de su comunidad. Es de trascendental importancia, también, que los niños se involucren en educación para la paz⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶ Cohn y Googwin-Gil op. cit P 97.

⁵⁶⁷ Drumbl, op. cit. P 168.

⁵⁶⁸ Arellano, op. cit. P 232.

⁵⁶⁹ Ibid, P 235-239.

⁵⁷⁰ Ibid, P 243.

Finalmente, es muy importante señalar que los niños soldados que han sido desmovilizados no deben, bajo ninguna circunstancia “ser juzgados por el simple hecho de haber formado parte de grupos armados”⁵⁷¹ o, de manera general, por haber participado en las hostilidades. Una de las razones principales para justificar el procesamiento de niños es que estos hayan cometido crímenes de guerra, y ello se hace en consideración de la gravedad de los actos cometidos y la necesidad de resarcir los daños a la víctima por las afectaciones sufridas a sus derechos. En el caso de la simple participación de los niños en el conflicto armado, el interés superior de este se vuelca en su favor, al no encontrarse en conflicto con los derechos de un tercero⁵⁷². El juzgar a un niño por su sola participación en el conflicto estaría contrariando las protecciones especiales concedidas a este, pasando por alto su limitada capacidad para discernir⁵⁷³, desconociendo los atroces métodos de su reclutamiento y desconociendo, más que nada, su calidad de víctima del conflicto.

Durante el proceso de desmovilización de Sierra Leona, por ejemplo, 6774 niños fueron involucrados. Una vez desmovilizados, los niños menores de 15 años fueron enviados a centros especiales auspiciados por UNICEF, mientras que a los niños mayores de 15 años se les envió a hogares grupales, hasta que el contacto con sus familias pueda ser restablecido. Posteriormente, después de haber recibido ayuda psicológica y de considerar que estaban en condiciones de ser reinsertados en la sociedad, se les ofreció algunas opciones. Muchos de ellos optaron por ir a la escuela y recibieron becas que les exoneraron del pago de sus estudios. Muchos otros, en cambio, optaron por aprender trabajos manuales (como carpintería, sastrería, plomería, etc) y recibían una mensualidad básica que les permitía subsistir, bajo el compromiso de asistir a los talleres y comenzar a laborar en sus respectivas áreas. El proceso de DDRR aseguró a los niños soldados toda la ayuda psicológica y económica necesaria para superar las consecuencias y afectaciones de la guerra⁵⁷⁴.

Los procesos de DDR de niños ex combatientes deben ser considerados una prioridad en aquellas sociedades en guerra que pretendan sentar bases para una paz duradera y

⁵⁷¹Ibid, P 42.

⁵⁷²Cillero, op. cit. P 88.

⁵⁷³Amnesty international.*Child soldiers...* op. cit. P 13.

⁵⁷⁴Drumbl, op. cit. P 170-171.

garantizar el desarrollo del país. Si estos procesos no son efectivos, la comunidad se ve obligada a luchar contra problemas como el aumento de los índices de delincuencia y violencia, consecuencia directa del fracaso del programa. Más aún, uno de los riesgos más grandes que corre una sociedad que no aplique procesos de DDR, es la reproducción del conflicto armado, que podría ocurrir si aquellos niños no logran comprender la necesidad imperativa de renunciar a la violencia⁵⁷⁵.

Estos procesos deben estar dirigidos no solo a niños ex combatientes, sino también, dentro de un enfoque más holístico, a todos aquellos NNA que hayan estado relacionados con el grupo armado⁵⁷⁶. De esta manera se asegurarán resultados más beneficiosos, efectivos y duraderos, para todos los miembros de la sociedad. Asimismo, es necesario que los programas de DDRR se adecuen a las características específicas de cada caso para brindar a los niños un proceso personalizado que les asegure una verdadera reinserción, a pesar de las atrocidades por ellos vividas.

3.4 Conclusión

La labor de la comunidad internacional no se debe agotar en prevenir el reclutamiento de niños y castigar a los perpetradores de tal acto, sino que debe enfocarse también en ofrecer garantías a los niños que participan en hostilidades, de manera que sus derechos sean protegidos en la mayor medida posible.

La Doctrina de la Protección Integral se constituye como la más adecuada para regular los casos de participación de NNA en conflictos armados. A la luz de esta doctrina que coloca al interés superior del niño por sobre cualquier otra consideración, se han expedido varias normas, concediendo a los niños protecciones especiales durante el conflicto armado, por su condición de población civil y, además, por la de grupo vulnerable.

Los niños, de acuerdo con el Derecho de Ginebra, deben recibir un trato especial en tiempos de guerra y ello se extiende también a los niños soldados. Estos niños deben ser

⁵⁷⁵ Jéhane Sedky-Lavandero, *Ni un solo niño en la Guerra*. Barcelona, 1999. P 69.

⁵⁷⁶ Drumbl, op. cit. P 169.

considerados como *combatientes privilegiados* que, como tales, ostentan el derecho de participar en hostilidades, pero que no pueden ser considerados como objetivos legítimos de ataque por el enemigo, sino que deben ser neutralizados recurriendo a otros métodos, como la detención -a menos que el ataque sea en defensa propia. Adicionalmente, los niños soldados que, en el desarrollo del conflicto, cometan crímenes de guerra, pueden ser considerados imputables a partir de la edad de 12 o 13 años, en virtud del grado de desarrollo y madurez alcanzado hasta dicha edad, y podrán ser determinados como responsables dependiendo de cada caso y de las circunstancias particulares del cometimiento del crimen. Sin embargo, en virtud de la singular condición de los menores de edad, su juzgamiento deberá apegarse a principios específicos de justicia juvenil que aseguren la tutela de sus derechos y su condena deberá, también, ser distinta a la recibida por un adulto en las mismas circunstancias. Estos mecanismos cumplen un doble objetivo: protegen la condición especial y el trato preferencial del que son titulares los niños y, a la vez, combaten la impunidad y aseguran a las víctimas su derecho a la justicia.

Y más aún, la comunidad internacional debe unir esfuerzos para propender a la desmovilización de niños, de manera que puedan ser reintegrados en la sociedad. De la misma forma, cuando los conflictos se den por finalizados, se deben tomar medidas para que los niños soldados puedan recobrar una vida normal y reincorporarse como miembros positivos de la sociedad. La intervención y el apoyo de los Estados en este proceso es fundamental para la recuperación del niño.

CONCLUSIONES

1. La guerra es un fenómeno que afecta a todas las personas relacionadas con ella. Destruye la infraestructura política, económica, social y jurídica del (los) Estado(s) donde esta tiene lugar. Ante ello, la normalidad de la vida cotidiana desaparece. Los efectos de la guerra, sin embargo, son aún más devastadores sobre la población infantil, debido a su situación de vulnerabilidad⁵⁷⁷. Muchas veces, los niños, a causa de los conflictos armados, ven desaparecer sus referentes más próximos: escuelas, iglesias, parques; ven sus viviendas destruidas; ven a sus familiares ser atacados violentamente, ser forzados a enlistarse e, incluso, ser asesinados; o, lo que es peor, terminan siendo ellos mismos reclutados por los grupos armados. Esta última es una de las consecuencias más graves de la guerra. A través del reclutamiento de niños, se afectan seriamente sus derechos: el derecho a ser protegidos contra abusos físicos/mentales y contra los efectos de la guerra, el derecho a la libertad, el derecho a la vida en familia, el derecho a la educación, el derecho a la integridad y el derecho a la vida. Es decir, dicho reclutamiento constituye un atentado contra la integralidad de sus derechos y opera en desmedro *del interés superior del niño*.
2. Desgraciadamente, el fenómeno de los niños soldados ha sido una constante a través de la historia, aunque, debido a exigencias propias de la guerra en sus primeras etapas, ello ha sido considerado como un hecho aislado o excepcional, pues en la mayoría de los casos, los menores eran rechazados como combatientes por su escasa capacidad física⁵⁷⁸. Sin embargo, esto cambió radicalmente a causa de las modificaciones en la naturaleza de los conflictos armados y la proliferación de las armas ligeras, fácilmente manipulables por NNA. La participación de niños en conflictos armados, a partir de mediados del siglo XX, ha ido aumentando alarmantemente y hoy en día se estima que existen alrededor de 300 000 niños soldados alrededor del mundo.

⁵⁷⁷ Arellano, op. cit. P 131.

⁵⁷⁸ Ibid, P 323.

3. La preocupación por esta temática comenzó a hacerse presente recién en el siglo pasado. En 1977, el derecho internacional estableció por primera vez una prohibición -aunque bastante flexible- de reclutamiento y participación de niños menores de 15 años en conflictos armados. Esta prohibición se mantuvo en instrumentos internacionales expedidos con posterioridad, como la Convención de los Derechos del Niño. Más adelante, con la expedición del Protocolo Facultativo a la CDN, se instauró una prohibición más amplia que elevó el estándar a 18 años⁵⁷⁹, pero, a la vez, previó algunas excepciones. Este es el estándar mantenido hasta la actualidad.

A pesar del interés demostrado, la comunidad internacional ha fallado en fijar una prohibición firme y rotunda en contra del reclutamiento de niños⁵⁸⁰, que sea capaz de contribuir significativamente a la erradicación del problema. La tipificación del reclutamiento de niños menores de 15 años como un crimen de guerra en el Estatuto de Roma, constituyó un avance trascendental en el tema; pero no fue suficiente. Todos los niños son seres vulnerables, cuya constante exposición a la violencia puede afectar negativamente el resto de sus vidas y dejar secuelas psicológicas, emocionales y físicas muy difícilmente superables⁵⁸¹. Su participación en un conflicto armado es una práctica atentatoria al interés superior del niño, tomando en cuenta su incompleta capacidad de discernimiento y su mayor fragilidad física y mental. Por esta razón, en concordancia con los principios del derecho internacional de los derechos humanos, la prohibición y la tipificación del crimen relativas al reclutamiento de niños en conflictos armados, debería estar dirigida a todos los niños, es decir, a todos los menores de 18 años, sin excepción.

4. Aparte de la expedición de leyes, el juzgamiento y la determinación de responsabilidad de los individuos que han reclutado niños en conflictos armados, es de vital importancia para combatir el problema. Los individuos que mediante este

⁵⁷⁹ Establecía una excepción, cuando se trata de casos de alistamiento voluntario de niños de 16 y 17 años. Estos, sin embargo, no pueden participar en hostilidades. Art. 3 del Protocolo.

⁵⁸⁰ Entendiéndose por niños a todo menor de 18 años. Ver definiciones en Capítulo I.

⁵⁸¹ CIDH. *Recomendación sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados*. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/capitulo6b.htm> Acceso: 6 de octubre de 2013.

acto violen las disposiciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, deben ser llevados ante los tribunales respectivos y sancionados con toda la dureza de la ley, como ha ocurrido ya en casos anteriores en el TESL y la CPI. Asimismo, en el caso de que tal conducta pueda ser imputable a un Estado, este deberá responder por su responsabilidad, cumplir sanciones y reparar a las víctimas. Dicho juzgamiento servirá de elemento de disuasión para potenciales reclutadores de niños y además, asegurará a las víctimas y a sus familias el derecho a la justicia.

5. El establecer prohibiciones y juzgar a los reclutadores ha sido el acercamiento utilizado por la comunidad internacional para combatir el reclutamiento de niños. Sin embargo, las estadísticas muestran que estos intentos, aunque importantes, no han logrado detener la problemática. Es por ello trascendental que se adopten también medidas regulatorias de la participación de niños en conflictos armados que tengan como principal objetivo procurar su bienestar y, en la máxima medida de lo posible, el respeto a sus derechos. Para la adopción de estas medidas –así como para todas las materias relacionadas con NNA- la Doctrina de la Protección Integral ofrece un sólido fundamento, en virtud de los principios fundamentales que esta propugna. La DPI conceptualiza al niño como un sujeto pleno de derechos, con capacidad progresiva para ejercerlos por sí mismo, y defiende que estos derechos deben ser asegurados en su integralidad y ser priorizados con respecto a los derechos de terceros, de manera que se respete siempre el principio del interés superior del niño. A lo largo de este trabajo se ha demostrado que esta teoría, originada en la Convención de los Derechos del Niño, está presente en todas las disposiciones relativas a la protección especial de los niños en el Derecho de Ginebra, específicamente, en aquellas que prohíben su reclutamiento en conflictos armados y que, a partir de ella, se pueden desarrollar medidas regulatorias de dicha participación:

5.1 Primero, es importante establecer el estatus jurídico de un niño que participa en hostilidades. De acuerdo con la Doctrina de la Protección Integral, se deben

siempre adoptar las medidas que impliquen la mayor satisfacción de derechos en los niños y, por lo tanto, aquellos que participan en conflictos armados deben ser considerados como *combatientes* y no como *personas civiles que participan en hostilidades*, ya que esto último los colocaría en una categoría irregular que anula muchas de las garantías a ellos concedidas. Más aún, los NNA, por su situación de vulnerabilidad, deben ser considerados como *combatientes privilegiados* que, como tales, ostentan el derecho de participar en hostilidades, pero que no pueden ser considerados como objetivos legítimos de ataque por el enemigo, sino, de ser necesario, deben ser neutralizados recurriendo a otros métodos, como la detención -a menos que el ataque sea en defensa propia del enemigo.

5.2 Además, es necesario que la legislación internacional se pronuncie con respecto al juzgamiento de los niños que, participando en conflictos armados, cometan crímenes de guerra y deban ser llevados ante la justicia, debido a la atrocidad de sus actos. La propuesta planteada en este trabajo es que la edad mínima sea entre 12 y 13 años de edad, de manera que los niños más pequeños, por su poco desarrollo, sean considerados inimputables, pero los niños mayores de dicha edad, en virtud del principio de capacidad progresiva sean juzgados por tribunales especializados. Este juzgamiento aseguraría el derecho a la justicia de las víctimas y sus familias y, a la vez, beneficiaría al niño haciéndole entender las consecuencias de sus actos y ofreciéndole una oportunidad de rehabilitarse en un ambiente propicio para sus derechos.

5.3 La única manera de que el propósito anterior pueda ser cumplido, es que el niño en cuestión, sea juzgado bajo los principios de justicia juvenil. Estos principios han sido desarrollados de tal manera que el proceso permita al niño participar activamente y entender sus objetivos, adaptándose a sus necesidades y salvaguardando siempre sus derechos. De la misma manera, el resultado de este proceso debe consistir de medidas sancionatorias adecuadas al niño, que permitan su rehabilitación y reintegración en la sociedad, y no persigan un fin punitivo. Bajo ninguna circunstancia puede juzgarse a un niño menor de edad bajo un sistema distinto al de justicia juvenil y mucho menos aplicársele una

sanción pensada para adultos, ya que ello sería absolutamente atentatorio a sus derechos.

5.4 Las leyes por sí solas difícilmente cambian realidades; es necesario que se desarrollen, además, medidas de previsión, prevención y respuesta. Consecuentemente, se requiere que los Estados adopten medidas tendientes al desarme y desmovilización de los niños soldados en general, de manera que estos se desvinculen totalmente de los grupos armados y de la violencia. Y ello debe ser complementado con medidas de rehabilitación psicológica, social y física que les permitan reinsertarse satisfactoriamente en la sociedad, de manera que se conviertan en un elemento positivo.

6. Como hemos visto a lo largo del desarrollo de este trabajo, la Doctrina de la Protección Integral se convierte en un pilar fundamental para el tratamiento del tema del reclutamiento y participación de los niños en conflictos armados. Esta es una de herramienta que permite que una temática tan atroz como esta, pueda ser tratada, al menos, con cierta humanidad y velando por los derechos de los NNA.

BIBLIOGRAFÍA

1. TEXTOS

- Amaya Álvaro y Rodríguez Javier. *El Núcleo Duro de los Derechos Humanos: Práctica Jurídica en Colombia 1991-2004*. Tesis Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2004.
- Arellano Velasco, Marcela. *Uso y Participación de Niños en Conflictos Armados*. Granada, Editorial de la Universidad de Granada, 2008.
- Brett and McCallin. *Children: The invisible Soldiers*. Vaxjo, Radda Barnen, 1996.
- Buaiz Valera, Yuri Emilio. *Introducción a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños*. UNICEF.
- Buck, Trevor. *International Child Law*. New York, Routledge, Second Edition, 2011.
- Camargo, Pedro Pablo. *Tratado de Derecho Internacional*. Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1983.
- CIDH. *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78. 13 julio 2011.
- Cillero Bruñol, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*. En: *Derechos y garantías de la niñez y la adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de la protección integral de* Ramiro Ávila y Belén Corredores. UNICEF. Quito, 2010.
- Cillero Bruñol, Miguel. *Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva*. Memorias del Seminario: En derechos Universales realidades particulares. UNICEF. s/f.
- Cohn, Ilene and Goodwin-Gill, Guy. *Child Soldiers. The Role of Children in Armed Conflicts*. Oxford, Oxford University Press, 1994.
- Dávila Balsera, Paulí y Naya Garmendia, Luis María. *La Evolución de los Derechos de la Infancia: Una Visión Internacional*. Encounters on Education, Volume 7, 2006.
- De Mause, Lloyd. *Historia de la infancia*. Alianza, Madrid, 1991.

- Detrick. *A commentary on the United nations Convention of the Rights of the Child*. Dordrecht. Martinus Nijhof, 1998.
- Díez de Velasco, Manuel. *Instituciones del Derecho Internacional Público*. Tecnos. Madrid, España. 1982.
- Drumbl, Mark. *Remaining Childsoldiers in International Law and Policy*. New York, Oxford University Press, 2012.
- Gomes Da Costa, Antonio Carlos. *Futuro de las Políticas Públicas para la Infancia en América Latina*. En las memorias del IV Seminario Latinoamericano sobre Niñez y Adolescencia. Octubre, 1995.
- Gómez Isa, Felipe. *La Participación de los Niños en los Conflictos Armados. El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño*. Bilbao, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos: Universidad de Deusto, 2000.
- Grover, Sonja C.. *Child Soldiers victims of genocidal forcible transfer. Exonerating child soldiers charged with grave conflict related international crimes*. Springer. Berlin 2012.
- Happold, Matthew. *Child soldiers in International Law*. Manchester, Manchester University Press, 2005.
- Henckaerts y Doswald-Beck. *Customary International Humanitarian Law*. ICRC. Volume 1: Rules. Cambridge 2009.
- Hernández Pradas, Sonia. *El Niño en los Conflictos Armados. Marco Jurídico para su protección internacional*. Cruz Roja Española. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001.
- ICRC. *Child soldiers and other children associated with armed forces and armed groups*. Geneva, ICRC, 2012.
- ICRC-Advisory Service of IHL. *National Enforcement of International Humanitarian Law: Information Kit*. Geneve, ICRC, 2004.
- Jimenez de Aréchaga, Eduardo. *El Derecho Internacional contemporáneo*. Tecnos. Madrid, España 1980.
- Jofre Santalucía, Jimena y Ocampo Seferian, Paula. *Responsabilidad Internacional del Estado por el incumplimiento de obligaciones internacionales*. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2001.

- Kiernan, Benedict. *Raza, poder y genocidio en la época de los Jémeres Rojos 1975-79*. Universidad de Yale.
- Kiljunen. Kampuchea in the 70's children. International Symposium on Children and War. Baths, Finland, March 1983. *Citado en Arellano Velasco, Marcela. Uso y Participación de Niños en Conflictos Armados*. Granada, Editorial de la Universidad de Granada, 2008.
- MacIntosh, Donald. *Fundamentals of the Criminal Justice System*. 2nd edition.
- Melzer, Nils. *Interpretative guidance on the notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. ICRC. Geneve, 2009.
- Monroy Cabra, Marco. *Derecho Internacional Público*. Temis. Bogotá Colombia. 2002.
- Pérez González. *Las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*. Cursos Euromediterráneos. Bancaja de Derecho Internacional. Aranzadi, 1997.
- Quénivet, Noelle and Shah-Davis, Shilan. *International Law and Armed Conflict. Challenges in the 21st century*. TMC Asser Press. Netherlands, 2010.
- Sandoz, Swinarski y Zimmermann. *Comentarios a los Protocolos Adicionales de 1977 a las Convenciones de Ginebra*. Ginebra, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- Sedky-Lavandero, Jéhane. *Ni un solo niño en la Guerra*. Barcelona, 1999.
- Shaw, Malcom. *International Law*. Cambridge University Press. Cambridge, 2008.
- Simester and Sullivan. *Criminal Law: Theory and Doctrine*. Oxford University press. Oxford, 2000.
- Simon, Farith. *Derechos de la Niñez y la Adolescencia: de la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. Cevallos Editora Jurídica. Quito 2008.
- Smith and Hogan. *Criminal law*. Butterworths. London 2002.
- Smith, J.C. *Justification and Excuse of criminal law*, Stevens, London, 1988.
- Zaborov, Mijail. *Historia de las Cruzadas*. AKAL, Madrid, 1988.

2. REVISTAS

- Dörmann, Knut. The legal situation of unlawful/unprivileged combatants. *International Review of the Red Cross*, No. 849.
- Drumbl, Mark. The Effects of the Lubanga Case on Understanding and Preventing Child Soldiering. *Yearbook of International Humanitarian Law*. Washington & Lee Legal Studies Paper No. 2013-05. April 18, 2013.
- Estupiñán, Rosmerlin. Principios que rigen la responsabilidad internacional por crímenes internacionales. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol XII, 2012, PP133-173. UNAM. México, 2012.
- Gillard, Emanuela-Chiara. Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*. Volume 88 Number 863. September, 2006.
- Gonzáles Contró, Mónica. Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina. *Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*. Publicación Electrónica Num. 5 2011.
- Grosman, Cecilia y Herrera, Marisa. Un enfoque actual sobre el derecho de los adolescentes a ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. *Revista Encrucijada*. Ed. Universidad de Buenos Aires. 16 y 17.
- Leveau, Fanny. Liability under International Criminal Law for the War Crime of Recruitment and Use of Child Soldiers. *The Africa Institute Occasional Paper Series* Vol. 1, Iss.1, Feb. 2012.
- Pachón, Ximena. La infancia perdida en Colombia: los menores en la guerra. Universidad Nacional de Colombia. *Working Paper Series* No. 15. 2009.
- Philippe, Xavier. The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?. *International Review of the Red Cross*. Volume 88 Number 862 (June 2006). Geneva, 2006.
- Sassoli, Marco. State responsibility for violations of international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*. Volume 84 Number 846 (June 2002). Geneva, 2002.
- Sinha, Alex. *Child soldiers as super-privileged combatants*. International Journal of Human Rights. Vol. 17 Issue 4. May, 2013.

- Yee, S. Universal Jurisdiction: Concept, Logic and reality. *Chinese Journal of International Law*. 10 (3), P503-530. September, 2011.

3. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño de 1990.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José) Costa Rica, 1969.
- Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968.
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.
- Convenio de Ginebra I para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. Ginebra, 1949.
- Convenio de Ginebra II para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. Ginebra, 1949.
- Convenio de Ginebra III relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Ginebra, 1949.
- Convenio de Ginebra IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Ginebra, 1949.
- Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño de 1924. Aprobada en la Asamblea V de la Liga de las Naciones el 26 de diciembre de 1924.
- Declaración de Katmandú sobre la Utilización de Niños como Soldados de 2000.
- Declaración de Maputo sobre la Utilización de Niños como Soldados de 1999.
- Declaración de Montevideo sobre la Utilización de Niños como Soldados de 1999.
- Declaración de San Petesburgo con el objeto de prohibir el uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra, 1868.
- El Convenio N° 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil. Este instrumento fue presentado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y adoptado por unanimidad por sus miembros el 17 de junio de 1999, en Ginebra.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1945.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1976.

- Principios de la Ciudad del Cabo. Adoptado por los participantes en el *Simposio sobre la prevención del reclutamiento de niños en las fuerzas armadas y la desmovilización y reintegración social de niños soldado en África*. Organizado por UNICEF en cooperación con el subgrupo de ONG's, del grupo de trabajo de ONG sobre la Convención de los Derechos del Niño, Ciudad del Cabo, 1997.
- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I). 1977.
- Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II). 1977.
- Reglamento de la Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907
- Reglas de Beijing. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Adoptadas por la Asamblea General ONU en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.
- Reglas de la Habana. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.
- Reglas de Tokio. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad. Aprobadas por la Asamblea General en su resolución: 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

4. LEGISLACIÓN NACIONAL

- Código de la Niñez y la Adolescencia, 2003.
- Código del Trabajo, 2005.
- Código Penal, (Reforma 2010).
- Constitución Política del Ecuador, 2008.
- Proyecto de Código Orgánico Integral Penal propuesto por la Asamblea Nacional del Ecuador.

5. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

- New Zealand Defence Force Law of Armed Conflict Manual.

6. DOCUMENTOS

- Amnesty International, *Sierra Leone: Childhood- a casualty of conflict*. 2000. AI Index AFR/51/69/00.
- Annan, Kofi. UN Secretary General. *Speech to the Security Council UN*. 26 July 2000.
- Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados. *Child Soldier Use 2003: a Briefing for the 4th Security Council Open Debate on Children and Armed Conflict*. (2003).
- Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados. Informe Global año 2001.
- Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados. Informe Global año 2004.
- Coalición para Detener la Utilización de Niños Soldados. Informe Global año 2008.
- Coalition to Stop the Use of Child Soldiers. *A growing phenomenon*. Geneve, 1999.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10. *Los derechos del niño en la justicia de menores*, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.
- *Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, promulgado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 8 de febrero de 2005.
- CPI. *La Corte Penal Internacional: Elementos de los Crímenes*. U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2. 2000. P 38.
- Human Rights Watch. *Stolen Children: Abduction and recruitment in Northern Uganda*. New York, HRW, 2003.
- ICC. *Communications, Referrals and Preliminary Examinations*. Retrieved 24 December 2010.
- Informe de la experta del Secretario General, Sra. Graca Machel, presentado en virtud de la Resolución 48/157. *Repercusiones de los Conflictos Armados sobre los Niños*. A/51/306, 26 de agosto de 1999.

- *Letter from the President of the Security Council to the Secretary General of the UN* December 22, 2000. UN Doc. S/2000/1234.
- Mary Robinson, United Nations High Commissioner for Human Rights (2002). UN documents CCPR/C/1/Add.36; A/36/40.
- Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos. Principios de París (2007)
- *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*. Adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.
- *UN Security Council Resolution. 1688, S/Res/1688 (16 June 2006)*. Situation in Sierra Leone.
- United Nations. *Resolution 1615 (XXVII)*.
- United Nations. *Final Report on the Situation of Human Rights in El Salvador*, Submitted by Profesor José Antonio Pastor. February 1985.

7. DECISIONES JUDICIALES

- CIDH. Informe N° 11/07. Caso Interestatal 01/06. *Nicaragua vs. Costa Rica*. 8 de marzo de 2007.
- CIDH. Informe No. 112/10 Petición Interestatal PI-02 Admisibilidad. *Franklin Guillermo Aisala Molina. Ecuador- Colombia*. 21 de octubre de 2010.
- Corte IDH. *Asunto Viviana Gallardo y otras vs. Costa Rica*. Resolución No. 13/83. 30 de junio de 1983;
- Corte IDH. *Caso Bulacio v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.
- Corte IDH. *Caso Garrido y Baigorria, reparaciones*. Sentencia del 27 de agosto de 1998, serie C, No. 39.
- Corte IDH. *Caso Instituto de Reeduación del Menor v. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

- Corte IDH. *Opinión Consultiva acerca de la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, solicitada por la Comisión IDH. OC-17/2002. 28 de Agosto de 2002.
- Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
- Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones).
- European Court of Human Rights. *Case of Willis v. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002.
- European Court of Human Rights. *T. v. United Kingdom and V. v. United Kingdom*. (2000) 30 EHRLR.
- Federal Court of Appeal - Canada. *Case Poshteh v. Canada*. F.C.A.,2005,3 F.C. 487. Canada, March 4, 2005.
- ICC. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute. Trial Chamber I. March 14th 2012.
- ICC. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. Judgment verdict. Trial Chamber. July 10th 2012.
- ICC. *The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, Trial Chamber. Judgement. December 1, 2012.
- ICJ. *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de ésta (Nicaragua c. Estados Unidos)*. Merits, Informes de la CIJ, 1986.
- ICJ. *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania (Second Phase)*. Advisory opinion. 18 July 1950.
- ICJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996.
- ICTR. *Prosecutor v. Akayesu*. (ICTR-96-4-T). Trial Chamber I of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 2 September 1998.
- ICTR. *Prosecutor v. Barayagwiza*, No. ICTR-97-19-AR72, Appeals Chamber Decision, Nov. 3, 1999.
- ICTR. *Prosecutor v. Kajelijeli*, No. ICTR-98-44A-A, May 23, 2005.

- ICTY, *The Prosecutor v. Fatmir Limaj, Judgment*. IT-03-66-T. November 2005.
- ICTY. *Prosecutor v. Drazen Erdemovic*. Case No. IT-96-22T. Judgement of the Appeals Chamber of the ICTY. October 7, 1997.
- ICTY. *Prosecutor v. Nikolic*, IT-94-2-PT, Decision on Defense Motion Challenging the Exercise of Jurisdiction, Oct. 9, 2002.
- ICTY. *The Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment*. 1616 Appeals Chamber Decision. July, 1999.
- SCSL, *AFRC Case. Trial Judgment*. 20 June 2007.
- SCSL, *Prosecutor v. Fofana and Kondewa*. CDF Trial Judgment, August 2, 2007.
- SCSL. *Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction (Child Recruitment), Hinga Norman*. SCSL-2004-14-AR72, 31 de Mayo 2004.
- SCSL. *Prosecutor v Alex Tamba Brima*, SCSL-04-16-T, Sentencing Judgment (19 July 2007) (SCSL, Trial Chamber II)
- SCSL. *Prosecutor v Norman*, Case No SCSL-03-14-I, Indictment (4 February 2004) (SCSL, Trial Chamber I).
- SCSL. *Prosecutor v Sesay* (RUF Appeals Judgment), SCSL-04-15-A, Judgment (26 October 2009) (SCSL, Appeals Chamber).
- SCSL. *Prosecutor v. Issa Hassan, Sesay. Morris Kallon and Augustine Gbao*. Case No. SCSL-04-15-A. Judgement. February 25t, 2009.
- SCSL. *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*, Case No. SCSL-2004-14-AR729E (Appeals Chamber) 31 de mayo de 2004.

8. DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS / PÁGINAS WEB

- American Non-Governmental Organizations- Coalition for the Internacional Criminal Coirt(AMICC). *Deconstructing Lubanga, The ICC's First Case: The Trial and Conviction of Thomas Lubanga*
Dyilo. http://www.amicc.org/docs/Deconstructing_Lubanga.pdf Acceso: 27 de agosto de 2013.
- Amnesty International. *Child soldiers: criminals or victims?* <http://www.amnesty.org/en/library/asset/IOR50/002/2000/en/f1883757->

- dc60-11dd-bce7-11be3666d687/ior500022000en.pdf Acceso: 19 de septiembre de 2013.
- Amnesty International. *El caso de Omar Khadr*. <http://www.defense.gov/news/Feb2006/d20060222KhadrV6.pdf> y <http://www.amnesty.org/fr/node/5485> Acceso: 4 de octubre de 2013.
 - Amnistía Internacional. *El Caso Pinochet*. <http://www.es.amnesty.org/campanas/justicia-internacional/jurisdicion-universal/el-caso-pinochet/> Acceso: 29 de agosto de 2013.
 - Andorno, Roberto. *The Invaluable Role of Soft Law in the Development of Universal Norms in Bioethics*. <http://www.unesco.de/1507.html> Acceso: 12 de agosto de 2013.
 - BBC News. *Radiografía de El Salvador*. http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_3550000/3550459.stm. Acceso: 19 de agosto de 2013.
 - Bell, Martin. *Child Alert: Democratic Republic of Congo (2006)*. http://www.unicef.org/childalert/drc/content/Child_Alert_DRC_en.pdf Acceso: 22 de agosto de 2013.
 - Blanc Altemir, Antonio. *El Tribunal Especial para Sierra Leona: Un instrumento contra la impunidad por las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario*. http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/21545/1/ADI_XIX_2003_05.pdf. Acceso: 21 de agosto de 2013.
 - Buaiz, Yuri Emilio. *La Doctrina de la Protección Integral de los Niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones*. UNICEF. http://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf Acceso: 9 de septiembre de 2013. P 2.
 - CICR. *Personas protegidas por el DIH: Los Niños*. <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/protected-persons/children/overview-protected-children.htm> Acceso: 16 de septiembre de 2013.
 - CICR. *Protección jurídica de los niños en los conflictos armados*. Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario CICR.

- <http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/ninos.pdf> Acceso: 11 de septiembre de 2013.
- CIDH. *Recomendación sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados*. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/capitulo6b.htm> Acceso: 6 de octubre de 2013.
 - Coalición Española para Acabar con la Utilización de Niños y Niñas Soldado. *Definiciones*. <http://www.menoressoldados.org/enprofundidad/ninos-soldado/cuanto-y-donde>. Acceso: 22 de junio de 2013.
 - Coalición por la Corte Penal Internacional. *Caso Katanga-Ngudjolo Chui*. <http://www.iccnw.org/?mod=drctimelinekatanga&lang=es> Acceso: 26 de agosto de 2013.
 - Coalición por la Corte Penal Internacional. *Caso Lubanga*. <http://www.iccnw.org/?mod=drctimelinelubanga> Acceso: 26 de agosto de 2013.
 - Colmenares Delgado, Yenny. *Protección integral & Situación Irregular*. UNAM. <http://www.tuobra.unam.mx/vistaObra.html?obra=3403> Acceso: 6 de septiembre de 2013.
 - Del Toro Huerta, Mauricio Iván. *La responsabilidad del Estado en el marco del DIDH*. <http://www.fmyv.es/ci/es/DH/14.pdf> Acceso: 13 de agosto de 2013.
 - Derechoshumanos. *Auto del Juzgado Central de Instrucción N°5 (España) por el que se procesa a Augusto Pinochet por delitos de genocidio, terrorismo y torturas. 10 de diciembre de 1998*. [http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/1998-12-10-JCI5-\(Pinochet\)-Auto-Procesamiento-Pinochet.htm](http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/1998-12-10-JCI5-(Pinochet)-Auto-Procesamiento-Pinochet.htm) Acceso: 29 de agosto de 2013.
 - Doménech Omedas, José Luis. Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura. CICR. http://www.cicr.org/spa/assets/files/other/05_domenech.pdf Acceso: 16 de septiembre de 2013.
 - Dupuy, Pierre-Marie. *Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to*

- State Responsibility*. <http://ejil.oxfordjournals.org/content/10/2/371.full.pdf>. Acceso: 19 de agosto de 2013.
- El Tiempo. *El conflicto yugoslavo en pocas palabras*. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-366839> Acceso: 3 de septiembre de 2013.
 - García Méndez, Emilio. *Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral*. http://www.iin.oea.org/La_legislacion_de_menores.pdf Acceso: 6 de septiembre de 2013.
 - García Méndez, Emilio. *Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de justicia*. [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/D68828366A7BCF2D05257460007F33D5/\\$FILE/ProteccionIntegralE-Garcia-MComparado3.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Comisiones/2007/ComRevNinAdo.nsf/34069c3bb71c123b05256f470062fea7/D68828366A7BCF2D05257460007F33D5/$FILE/ProteccionIntegralE-Garcia-MComparado3.pdf) Acceso: 2 de octubre de 2013.
 - García Méndez, Emilio. *Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: Modelos y tendencias*. <http://primerainfancialac.org/docs/4/Recursos-ad-modulo-4/4.%20GARCIA-%20legislaciones%20AL.pdf> Acceso: 9 de septiembre de 2013.
 - González Volio, Lorena. *La Competencia de la Corte Interamericana a la Luz de su Jurisprudencia y su Nuevo Reglamento*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_426718980/ArtGonz.DOC?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FBD_426718980%2FArtGonz.DOC. Acceso: 13 de agosto de 2013.
 - Gutiérrez Posse, Hortensia. *La contribución de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales a la evolución del ámbito material del derecho internacional humanitario - los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio – la responsabilidad penal individual*. ICRC. <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdpfn.htm#2> Acceso: 12 de agosto de 2013.
 - Hage Justice Portal. *Charles Taylor's verdict*. <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6414> Acceso: 22 de agosto de 2013.

- Happold, Matthew. *The age of criminal responsibility in International criminal law*.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=934567 Acceso: 20 de
septiembre de 2013.
- Happold, Matthew. *Child Prisoners in War*. Oxford. 2010.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1321546 Acceso: 17 de
septiembre de 2013. P 4.
- Hernán Orozco. *El Genocidio de Ruanda: Introducción al conflicto*. Huellas de la
Historia. http://www.huellasdelahistoria.com/foto_noti/genocidioruanda_uno.pdf
Acceso: 3 de septiembre de 2013.
- Human Rights Watch. *Reporte acerca de la Unión
Soviética*. <http://www.refworld.org/docid/467fca39c.html> Acceso: 8 de agosto de
2013.
- ICC Now. *A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998, Addendum, Part One, Draft Statute
for the International Criminal Court, Article 26 "Age of
responsibility"*. <http://www.iccnw.org/?mod=prepcommittee> Acceso: 19 de
septiembre de 2013.
- ICJ. *Basis of the Court's
Jurisdiction*. <http://www.icjciij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=2>.
Acceso: 13 de agosto de 2013.
- ICRC. *How is the Term "Armed Conflict" Defined in
IHL?*. [http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-
es.pdf](http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf). Acceso: 17 de junio de 2013.
- Instituto Interamericano del Niño-OEA. *La
familia*. http://www.iin.oea.org/videos/Documento_explicativo_Video_Es_mi_Familia.pdf
Acceso: 13 de septiembre de 2013.
- Kai Ambos. *The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v.
Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues*. International Criminal
Law Review. <http://ssrn.com/abstract=2030751> Acceso: 26 de agosto de 2013.

- La Coalición para Detener el Uso de Niños Soldados. *Acerca de la Coalición*. http://www.child-soldiers.org/our_history.php. Acceso: 19 de agosto de 2013.
- Melissa Eli. *The Limits of International Humanitarian Law*. <http://www.du.edu/korbel/hrhw/researchdigest/africa/HumanitarianLaw.pdf> Acceso: 17 de septiembre de 2013.
- New World Encyclopedia. *Iran- Iraq war*. http://www.newworldencyclopedia.org/entry/Iran-Iraq_War. Acceso: 19 de agosto de 2013.
- Pictet, Jean. *Commentary on the Additional Protocol I*. http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Commentary_GC_Protocols.pdf Acceso: 2 de agosto de 2013.
- Pictet, Jean. *Commentary on the Additional Protocol II*. http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Commentary_GC_Protocols.pdf Acceso: 2 de agosto de 2013.
- Pictet, Jean. *Commentary on the IV Geneva Convention of 1949*. <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/1a13044f3bbb5b8ec12563fb0066f226/be12c9954ac2aec2c12563cd0042a25c>. Acceso: 15 de junio de 2013.
- Pictet, Jean. *Desarrollo y Principios del DIH*. CICR. http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/desarrollo_y_principios.htm Acceso: 16 de septiembre de 2013.
- Pinto, Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo – Oficina en Venezuela. <http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332j.htm> Acceso: 26 de agosto de 2013.
- Rikhof, Joseph. *Child soldiers: Should they be punished?* http://www.cba.org/CBA/newsletters-sections/pdf/05-09-military_2.pdf Acceso: 19 de septiembre de 2013.
- Saavedra Álvarez, Yuria. *Las Garantías del Debido Proceso en el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. UNAM

- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/247/art/art16.pdf>
Acceso: 13 de agosto de 2013.
- Sauce, Sergio. *La guerra del Pánico*. http://www.elmundo.es/documentos/2003/04/guerras_olvidadas/uganda.htm
1 Acceso: 22 de agosto de 2013.
 - Seda, Edson. *El Nuevo paradigma del niño y la niña en América Latina*.
<http://www.unicef.org.co/Ley/AI/06.pdf> Acceso: 7 de agosto de 2013.
 - Smith, Alison. *Child Recruitment and the Special Court for Sierra Leone*.
<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/jicj2&div=115&id=&page=> Acceso: 21 de agosto de 2013.
 - Special Court for Sierra Leone. *Case 14: The Prosecutor vs. Fofana and Kondewa (CDF Case)*. Acceso: 22 de agosto de 2013. <http://www.sc-sl.org/CASES/ProsecutorvsFofanaandKondewaCDFCase/tabid/104/Default.aspx>
 - UNICEF. *Fact Sheet of Child soldiers*. <http://www.unicef.org/emerg/files/childsoldiers.pdf>. Acceso: 6 de agosto de 2013.
 - UNICEF. *Acerca de la creación de la UNICEF*. http://www.unicef.org/spanish/about/who/index_history.html Acceso: 8 de agosto de 2013.
 - UNICEF. *UNICEF applauds verdict passed by the Special Court for Sierra Leone*. http://www.unicef.org/media/media_40056.html Acceso: 23 de agosto de 2013. Acceso: 22 de agosto de 2013.
 - UNICEF. *UNICEF welcomes special court ruling establishing child recruitment a 'war crime'*. http://www.unicef.org/infobycountry/media_21798.html Acceso: 22 de agosto de 2013.
 - United Nations Human Rights. *Info Note 2 Democratic Republic of the Congo 1993-2003 UN Mapping Report*.
http://www.ohchr.org/Documents/Countries/ZR/FS-2_Crimes_Final.pdf. Acceso: 19 de agosto de 2013.
 - United States Courts. *Facts and Case Summary: In Re Gault*.
<http://www.uscourts.gov/educational-resources/get-involved/constitution->

[activities/sixth-amendment/right-counsel/facts-case-summary-gault.aspx](http://www.icrc.org/activities/sixth-amendment/right-counsel/facts-case-summary-gault.aspx) Acceso: 9 de septiembre de 2013.

- XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos*. CICR. <http://www.icrc.org/spa/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-es.pdf> Acceso: 7 de octubre de 2013.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE LICENCIADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

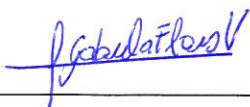
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Gabriela Monserrat Flores Villacís, C. I. 1720437290, autora del trabajo de graduación intitulado: *“La Doctrina de la Protección Integral como herramienta para la resolución de casos de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños menores de 15 años en conflictos armados”*, previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 20 de noviembre de 2013



Firma

Cédula: 1720437290

 **REPÚBLICA DEL ECUADOR**
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN



CÉDULA DE
CIUDADANIA
APELLIDOS Y NOMBRES
**FLORES VILLACIS
GABRIELA MONSERRAT**
LUGAR DE NACIMIENTO
**PICHINCHA
QUITO
CHAUPICRUZ**
FECHA DE NACIMIENTO **1989-07-05**
NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
SEXO **F**
ESTADO CIVIL **SOLTERA**

No. **172043729-0**





INSTRUCCIÓN
BACHILLERATO

PROFESIÓN / OCUPACIÓN
ESTUDIANTE

E333313242

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
FLORES CESAR HERNAN

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
VILLACIS AIDA PATRICIA DEL C

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
**QUITO
2013-02-03**

FECHA DE EXPIRACIÓN
2023-02-03









DIRECTOR GENERAL

FIRMA DEL CEDULADO

001102805